REVISTA JURÍDICA da Seção Judiciária de Pernambuco

JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 13
Volume I
2021

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Juíza Federal Vice-Diretora do Foro
CAROLINA SOUZA MALTA

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
JOAQUIM LUSTOSA FILHO
RODRIGO VASCONCELOS COÊLHO DE ARAÚJO
MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
RAFAEL TAVARES DA SILVA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretários da Revista
FILIPE ISHIGAMI/LUANA TUCCI/SUZAN VITORINO

Revisão de Texto
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Capa
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Arte da Capa
JÚLIA COSTA – Servidora Aposentada da JFPE

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. 13 (2021) Recife, 2021

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 Vladimir Souza Carvalho

Vice-Presidente
Desembargador Federal José Lázaro Alfredo Guimarães

Corregedor
Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior

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 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
Cesar 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 de Lavor Passos
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho

Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Edwiges Conceição Caraciolo Rocha
Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Moura
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
Rafael Tavares da Silva
Katherine Bezerra Carvalho de Melo
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Fernando Braz Ximenes
Jaime Travassos Sarinho
Caio Diniz Fonseca
José Joaquim de Oliveira Ramos
Marina Cofferri
Aline Soares Lucena Carnaúba
Flávia Hora Oliveira de Mendonça
Guilherme Castro Lôpo

SUMÁRIO

A SUSPENSÃO DE PROCESSOS CRIMINAIS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS
Caio Diniz Fonseca 11

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E POR INCITAÇÃO NA PANDEMIA DA COVID-19
Caroline Cavet, Cícero Dantas Bisneto e Romualdo Batista dos Santos..... 27

A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTIC
Christianne Kandyce Gomes Ferreira de Mendonça e Lucas de Britto Galvão..... 53

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL E DA VONTADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE
Ítalo Alexandre do Nascimento..... 73

REVELIA E AS CONSEQUÊNCIAS DIFERENCIADAS NA AÇÃO RESCISÓRIA, MANDADO DE SEGURANÇA E DESAPROPRIAÇÃO
José Henrique Mouta Araújo 91

A PROBLEMÁTICA DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO NO ÂMBITO DA INTERVENÇÃO FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
Júlia Guimarães Silva..... 107

A CAUSA DE PEDIR ABERTA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO
Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra..... 139

AS CONDIÇÕES SOCIOECONÔMICAS DO SEGURADO COMO ELEMENTO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO CASO DE INCAPACIDADE PARCIAL
Leonardo Borba de Figueirêdo 159

A INVIOLABILIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE
Leonardo Estevam de Assis Zanini e Odete Novais Carneiro Queiroz..193

PORQUE NÃO HÁ MAIS ESCAPATÓRIA: A VIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO, BEM COMO NO TRATAMENTO DESSES DADOS
Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos 217

PONDERAÇÕES ACERCA DA LEI N.º 9.492/97: DA IMPOSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIÃO DE PROTESTOS
Ronaldo de Albuquerque Agra..... 257

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO E A CRISE DA COVID-19: CONCENTRAÇÃO DE DINHEIRO E DECISÃO TRADUZEM O PODER DA UNIÃO FEDERAL
Roseli da Silva Matias 263

O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL: LEVANDO A SÉRIO OS DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS
Ticiano Alves e Silva..... 279

***CONTEMPT OF COURT* E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: O QUE É E O QUE NÃO É**
Vander Santos Giuberti..... 301

O PROJETO DE LEI Nº. 6.229/2005, AS ALTERAÇÕES NA LEI 10.522/2002 E O TRATAMENTO DO PASSIVO FISCAL NAS EMPRESAS EM CRISE
Victor Souza Soares 325

PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: REGIME JURÍDICO E ASPECTOS REGISTRAIS
Vitor Frederico Kümpel e Giselle de Menezes Viana 361

APRESENTAÇÃO

Concebida, inicialmente, como um foro de divulgação das ideias dos magistrados federais, sobretudo acerca de temas jurídicos caros ao Judiciário Federal, a Revista da Seção Judiciária de Pernambuco, com a ampliação de sua tiragem e a abertura para a participação de toda a comunidade jurídica, tem se notabilizado por bater recordes ano após ano.

Em razão do número expressivo de artigos recebidos e da qualidade apresentada pelos textos, a revista selecionou trinta e dois deles e irá, pela primeira vez, ser publicada em dois volumes, o que é motivo de júbilo para todos que se dedicaram a torná-la uma realidade.

Os temas tratados nesta edição são pujantes e despertam grande interesse para os operadores de direito, como o artigo que trata das medidas cautelares penais em processos suspensos por ordem dos tribunais superiores e o que examina os princípios da proteção dos dados nas relações de consumo.

A discussão sobre a prisão antes do trânsito em julgado, tão atual em razão do pronunciamento recente do STF sobre a matéria, é outro tema de grande interesse dos juristas e que é objeto de artigo publicado nesta edição.

As questões tratadas nos trabalhos selecionados, contudo, não se limitam a discutir o direito positivo brasileiro. Para muito além disso, tratam de assuntos de todas as matizes da ciência do direito, inclusive envolvendo temáticas de direito internacional, como o artigo que trata da globalização do direito constitucional.

Os textos não se restringem a problematizar questões já amplamente discutidas na doutrina e na jurisprudência. São inovadores e apresentam soluções para problemas atuais e com ampla repercussão na sociedade, donde se extrai que sua relevância se espraia para muito além dos limites do âmbito da Justiça Federal.

O sucesso que as edições anteriores alcançou exige do Corpo Editorial uma crescente preocupação com a qualidade dos trabalhos, a fim de preservar o interesse cada vez maior da comunidade jurídica com os artigos publicados na revista.

Desejamos que esta edição continue a despertar em todos a satisfação que as anteriores o fizeram.

Boa leitura!

Claudio Kitner
Juiz Federal da 3ª Turma Recursal de Pernambuco

1

A SUSPENSÃO DE PROCESSOS CRIMINAIS E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS

Caio Diniz Fonseca
Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal
Juiz Federal Substituto

RESUMO: Este trabalho analisa a aplicação dos artigos 1.035, § 5º e 1.037, II, do CPC aos processos criminais, com enfoque na possibilidade ou não de determinação ou manutenção de prisão e outras medidas cautelares diversas aos réus dos processos atingidos com a ordem de suspensão pelos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Processos criminais. Suspensão. Prisão. Medidas cautelares.

INTRODUÇÃO

Em julho de 2019, o Ministro Dias Toffoli acolheu pedido veiculado em petição da defesa do Senador Flávio Bolsonaro nos autos do RE n° 1.055.941, determinando a suspensão, em nível nacional, de todos os processos judiciais em andamento que versassem sobre o Tema 990 da Repercussão Geral, o qual envolve os limites de informação sobre dados bancários e fiscais que devem ser observados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, como a Receita Federal, o antigo COAF e o BACEN, em sua comunicação direta – isto é, sem intervenção judicial – com o Ministério Público, para fins penais.

A aplicação do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC), pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) deixou claro que a suspensão se operaria sobre as múltiplas demandas em que se discutia a forma de transferência, para fins penais, de dados obtidos por órgãos administrativos de fiscalização e controle – incluindo o antigo COAF, atual UIF (Unidade de Inteligência Financeira).

Conquanto essa não tenha sido a primeira vez que o Supremo se valeu da regra processual civil para suspender ações penais, é certo que o impacto da medida em milhares de procedimentos investigativos e ações penais em curso envolvendo supostos atos criminosos relacionados aos chamados "crimes do colarinho branco", incluindo fatos decorrentes da Operação Lava Jato, gerou grandes discussões e reflexões na comunidade jurídica.

Deveras, em que pese o mérito da questão constitucional suscitada no *leading case* RE n° 1.055.941 ter sido julgado no dia 28/11/2019, com fixação de tese em assentada ocorrida no dia 04/12/2019, o intuito deste escrito não é examinar a questão de fundo já apreciada pelo Supremo, senão discorrer sobre a aplicação do art. 1.035, § 5°, bem como do art. 1.037, II, ambos do CPC, aos processos criminais, com enfoque na análise da compatibilidade, ou não, da prisão e das medidas cautelares diversas destas com a suspensão dos processos, em âmbito nacional, por ordem do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a partir da afetação de determinado tema para julgamento com repercussão geral ou como repetitivo.

1. A APLICAÇÃO DOS ARTS. 1.035, § 5° E 1.037, II, DO CPC AOS PROCESSOS CRIMINAIS

De acordo com o art. 3° do Código de Processo Penal, "*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*.". Precisamente com fundamento nessa norma, as disposições processuais civis vêm sendo aplicadas subsidiariamente ao processo penal há longo tempo, sem que se tivesse, quanto a isso, maior controvérsia.

Nada obstante, após a entrada em vigor da Lei n° 13.105/2015, que institui o "novo" Código de Processo Civil, reascendeu-se em algum nível a discussão acerca dessa aplicabilidade subsidiária, uma vez que o art. 15 do CPC prevê que, na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as suas disposições [do CPC] serão aplicadas a estes processos supletiva ou subsidiariamente.

O fato de o Código Processual Civil não trazer expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária de suas normas ao processo penal, contudo, não impede que essa integração continue a acontecer, uma vez que ela decorre, como já dito, do próprio CPP, que autoriza de forma expressa a analogia, como uma forma de autointegração da norma.

Conforme destaca Renato Brasileiro de Lima[1], *"(...) não há nenhuma razão lógica para se afastar a aplicação subsidiária do novo CPC ao processo penal, até mesmo porque tal prática já era – e continuará sendo – recorrente na vigência do antigo (e do novo) CPC."*.

Com efeito, a aplicação subsidiária do CPC ao processo criminal remanesce como expressão do art. 3º da lei processual penal, o qual não foi derrogado pelo art. 15 do CPC de 2015, de modo que não há fundamento para se sustentar que, a partir da entrada em vigor da Lei n° 13.105/2015, não é mais possível a invocação de normas processuais civis em ações penais, quando, por óbvio, houver omissão não proposital do CPP.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça converge muito claramente para a aplicação subsidiária ou supletiva do CPC vigente ao processo penal, conforme se denota dos precedentes firmados nos seguintes processos: REsp 1741784/PR, AgRg no RHC 105.683/RJ, RHC 37.813/SP, dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também já reconheceu expressamente a possibilidade de integração da norma processual penal pelo atual CPC, conforme se denota do julgado abaixo ementado:

> EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.** CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. **REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS.** SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE. 1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição

1 *In* **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 103.

da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. **3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável**. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do due process of law. 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá

> o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal.
> **(RE 966177 RG-QO, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)** (Grifos acrescidos)

O julgado cuja ementa fora transcrita tem especial importância para o presente trabalho porque não só reconheceu a aplicabilidade subsidiária do CPC ao processo penal, como o fez exatamente no contexto do exame das disposições relativas à repercussão geral contidas no CPC e de sua aplicação aos processos de natureza criminal.

Com efeito, no julgamento da questão de ordem suscitada na repercussão geral reconhecida no RE n° 966.177/GO, o órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal debateu acerca do alcance da suspensão processual preconizada no art. 1.035, § 5º, da norma processual civil e os seus efeitos sobre os processos de natureza penal cuja matéria tenha sido objeto de repercussão geral reconhecida por esta Corte. Embora a discussão de fundo tenha se dado em torno da possibilidade de suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva deduzida nos processos abrangidos pela suspensão, é certo que, na ocasião, os Ministros reconheceram a aplicabilidade do dispositivo normativo acima mencionado aos feitos penais.

Quanto ao ponto, vale colacionar alguns excertos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, os quais evidenciam o debate sobre o tema e, naturalmente, a sua conclusão nos termos aqui defendido:

> "Outra questão cuja resolução prévia se afigura como necessária versa sobre a própria aplicabilidade da hipótese de suspensão processual prevista no §5º supra transcrito ao âmbito dos processos de natureza penal.
> (...)
> Desse modo, não se visualiza qualquer óbice à incidência da regra prevista no §5º do art. 1035 do CPC, independentemente de qual seja a natureza da relação processual originária em cujos autos se visualizou a existência de questão constitucional de repercussão geral, da onde advém a aplicabilidade do instituto, igualmente, ao âmbito penal e processual penal.".

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, em sua declaração de voto, fez questão de também consignar seu entendimento pela aplicabilidade do art.

1.035, § 5°, do CPC ao processo penal. Veja-se:

> "A primeira observação que faço, em linha de concordância com o Relator, é de que o artigo 1.035, § 5º, aplica-se também ao processo penal. Portanto, acho que é uma hipótese em que o Código de Processo Penal é de uma época em que não havia a previsão constitucional do instituto da repercussão geral, de modo que não vejo problema de se estender o Código de Processo também à matéria penal. Essa é a minha primeira proposição."

Essa foi, portanto, a orientação seguida pelo Pleno da Corte Suprema, sendo que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também parece ser clara a possibilidade de invocação do art. 1.037, inciso II, para suspensão dos processos penais em âmbito nacional, como decorrência da afetação de determinado tema para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

A título de exemplo, quando deliberou sobre a afetação do Tema 991, que versa sobre a necessidade ou não de apreensão e perícia da arma de fogo para incidência da majorante do art. 157, § 2°, I, do Código Penal, a Terceira Seção do Tribunal da Cidadania expressamente invocou o art. 1.037, inciso II, do CPC para determinar a suspensão de todos os processos em que se discutia essa questão no País. Na própria certidão de julgamento consta que "*A TERCEIRA SEÇÃO (...) por maioria, suspendeu o curso de todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão e que tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015, conforme proposta do Sr. Ministro Relator*.".

Já no recente julgamento da proposta de afetação do Tema 1.027, cuja controvérsia cinge-se a saber se, nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o rito processual disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, ainda que não se tenha determinado a suspensão dos processos em âmbito nacional, é certo que a mesma Terceira Seção deliberou sobre a questão, admitindo, portanto, essa possibilidade, ainda que tenha invocado o art. 1.036, § 1°, do CPC, ao nosso ver erroneamente, uma vez que o dispositivo adequado para essa determinação seria mesmo o art. 1.037, II, do Código de Ritos.

Não se ignore que, após a reforma promovida pela Lei n° 13.964/19, conhecida como Lei Anticrime, na legislação penal e processual penal, o art. 638 do CPP passou a conter a seguinte redação: "*O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.*".

A expressa menção, no corpo do Código Processual Penal, ao processamento dos recursos extraordinário e especial na forma estabelecida "pela lei processual civil" vem para sacramentar qualquer dúvida ainda remanescente quanto à adoção da sistemática de julgamentos repetitivos pelo STF e pelo STJ em matéria penal, inclusive no que toca ao comando de suspensão dos feitos, o qual se justifica pela necessidade de se conferir uniformidade de tratamento aos processos em tramitação nas diversas instâncias judiciárias, sendo, pois, medida de necessária aproximação com o valor da segurança jurídica.

Impende realçar, ademais, que, conforme orientação jurisprudencial já consolidada tanto no STJ, quanto no STF, a suspensão dos processos pela afetação do tema para julgamento repetitivo ou com repercussão geral não se opera *ex lege*, dependendo, pois, de expressa determinação do Tribunal, ainda que por voz monocrática do relator.

No âmbito do Supremo, a questão foi exaustivamente debatida no RE n° 966.177/GO, já mencionado neste escrito, merecendo destaque os seguintes trechos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, uma vez que trata da questão particularmente sob o prisma da jurisdição penal:

> "No que pertine a tal questão, de plano, cabe estabelecer a seguinte premissa: embora a sistemática da repercussão geral vise a preservar a organicidade do direito, impende que se faculte ao relator dispor, discricionariamente, acerca da possibilidade de sobrestamento, sob pena de se sobrepor a aplicação do instituto a valores outros que também possuem fundamento constitucional, tais como a segurança jurídica e a própria efetividade da persecução penal, atrelada ao princípio da proporcionalidade e a consequente vedação à proteção penal insuficiente.
> (...)
> Cumpre, portanto, em suma, quanto a esta primeira questão prejudicial, que se faculte ao relator do recurso extraordinário paradigma não apenas dispor se, conforme as circunstâncias peculiares de cada tema de repercussão geral reconhecida, irá ou não determinar o sobrestamento dos processos correlatos, como também, se for o caso, modular os efeitos de tal sobrestamento. Consectariamente, em se entendendo que a sobredita determinação de sobrestamento consiste em questão afeta à discricionariedade do relator, mostra-se imperativo apontar que não consistirá ela em consequência automática do reconhecimento da repercussão geral, dependendo, assim, da necessária prolação de despacho do relator para produzir efeitos.

Embora a questão evidencie-se assentada no âmbito jurisprudencial, é de rigor enfatizar o acerto da posição firmada pelos Tribunais, a despeito da literalidade do § 5° do art. 1.035 e do inciso II do art. 1.037, ambos do CPC, que sugerem a determinação de suspensão como consequência imediata do reconhecimento da repercussão geral ou da afetação do recurso especial como repetitivo.

Deveras, em que pese a redação dos dispositivos – i) "*o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento*" e ii) "*o relator, no tribunal superior, (...) determinará a suspensão do processamento*" - transparecer uma forte recomendação ao julgador, disso não passa, ou seja, não descamba para a obrigatoriedade de que essa determinação ocorra.

Com efeito, caso a lei quisesse injungir a suspensão automática, bastaria prever que o reconhecimento da repercussão geral ou a afetação do tema como repetitivo impusessem a paralisação do trâmite de todos os processos pendentes relativos à matéria no território nacional. Poderia ainda o legislador prever que o relator obrigatoriamente determinasse a suspensão, o que não ocorreu. Ademais, o sobrestamento cogente do trâmite de centenas ou de milhares de feitos por todo o país, por tempo indefinido, parece não se coadunar com os princípios da eficiência e da razoável duração do processo, mormente quando essa suspensão se operar de forma desnecessária, no caso concreto, daí decorrendo a conclusão de que é da discricionariedade do relator ou do Tribunal determinar e até modular eventual ordem de sobrestamento.

No âmbito penal, há de se realçar, a suspensão geral dos processos em que se discuta, central ou tangencialmente, a matéria afetada, é capaz de gerar consequências ainda mais sérias, na medida em que, embora o Supremo já tenha definido, na bastante citada Questão de Ordem no RE n° 966.177/GO, que a suspensão da ação penal por força de decisão do Pretório Excelso implica na suspensão da prescrição da pretensão punitiva, é certo que há outros problemas que se descortinam, um deles a ser tratado de forma mais específica mais adiante.

Destarte, notadamente no âmbito penal, convém que a análise acerca da pertinência de se determinar a suspensão, em território nacional, de todas as ações relacionadas com o tema afetado para julgamento repetitivo ou com repercussão geral, dê-se casuisticamente, num juízo de necessidade e adequação.

No caso específico do Tema 990, o Ministro Dias Toffoli, em jurisdição extraordinária de plantão, deferiu a medida de suspensão requerida pela defesa do Senador Flávio Bolsonaro sob o fundamento de que "*a depender do que se decidir no paradigma da controvérsia, o risco de persecuções penais fundadas no compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público, sem o adequado balizamento*

dos limites de informações transferidas, podem redundar em futuros julgamentos inquinados de nulidade por ofensa às matrizes constitucionais da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF)". Havia, portanto, nesse caso, o risco de que alguns procedimentos investigativos e ações penais pudessem avançar com mácula de nulidade, o que ensejou o reconhecimento de que a medida de suspensão traria mais segurança jurídica, até porque o julgamento do mérito do tema já tinha data para ocorrer.

Ocorre que, com a suspensão, no Brasil inteiro, centenas e possivelmente milhares de ações penais cuja origem derivava do compartilhamento com o Ministério Público, pelo COAF, de relatórios detalhados de movimentação financeira, foram sobrestadas, gerando discussões e dúvidas acerca da compatibilidade de decretação e/ou manutenção de prisões e medidas cautelares diversas em desfavor dos investigados ou acusados.

É disso que se passa a tratar.

2. A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS NAS AÇÕES PENAIS SUSPENSAS

Como dito em linhas pretéritas, a possibilidade de suspensão das ações penais em decorrência de determinação oriunda do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a partir da afetação de certa matéria para julgamento com repercussão geral ou repetitivo, induz à necessidade de se refletir acerca da legitimidade de determinação e manutenção das prisões ou medidas cautelares diversas, nos feitos atingidos pela ordem de sobrestamento.

O Supremo, na paradigmática Questão de Ordem no RE 966.177, fixou, dentre outras premissas relativas à suspensão dos processos criminais pela afetação do Tema à repercussão geral, a seguinte: "*em nenhuma hipótese, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente*.".

A despeito de eventual controvérsia que possa ser suscitada quanto à natureza vinculante do precedente, tendo em vista que fora firmado em julgamento de questão de ordem, é certo que se trata de um precedente qualificado, com altíssimo grau de persuasão, mormente por se originar do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Aliás, importa destacar que o Pretório Excelso já admitiu o manejo de reclamação por suposta violação ao que foi decidido no RE-QO 966.177, o que indica um possível caráter cogente ou vinculante do julgado.

Deveras, como precedente qualificado que é, a orientação segundo a qual as ações penais que tenham réu preso não devem ser atingidas por eventual deter-

minação de sobrestamento em razão da afetação da matéria discutida revela como única opção, aos Magistrados, o prosseguimento dos feitos com réus custodiados, independentemente do tipo de questão que vá ser discutida no âmbito do recurso repetitivo ou da repercussão geral. Essa não parece ser, com todo o respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, a melhor solução.

Ora, há situações em que a matéria afetada para julgamento repetitivo ou com repercussão geral envolve algum elemento essencial do processo, tal como a validade de determinada prova ou mesmo a configuração de determinada prática como crime. Nesses casos, o prosseguimento da ação penal, com a manutenção da prisão do réu, em absoluta ignorância à afetação do tema angular, caminha na direção contrária dos valores da segurança jurídica, estabilidade e isonomia, que orientam o sistema de precedentes desenhado no ordenamento jurídico, notadamente no CPC.

Invoca-se, aqui, o exemplo do Tema 990 da Repercussão Geral, que inaugurou este escrito, no bojo do qual o Supremo viria a decidir acerca dos limites de informação sobre dados bancários e fiscais que devem ser observados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, como a Receita Federal, o antigo COAF e o BACEN, em sua comunicação direta – isto é, sem intervenção judicial – com o Ministério Público, para fins penais.

É certo que, pouco mais de cinco meses após afetar o tema, determinando a suspensão nacional dos processos, bem como do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), o STF julgou a repercussão geral e admitiu o compartilhamento de informações entre os órgãos fiscais e os órgãos de investigação e persecução criminal, tal como já ocorria antes que se suspendessem as apurações criminais em curso.

Contudo, era possível que outra sorte fosse dada ao julgamento, reconhecendo, o Supremo, a nulidade da prova – inclusive por derivação – obtida a partir dos relatórios detalhados de movimentação financeira remetidos ao Ministério Público sem prévia autorização judicial. Era possível, ainda, que o julgamento não tivesse ocorrido tão celeremente, como, aliás, é comum acontecer com as repercussões gerais de grande relevância, dada a complexidade das discussões e os seus impactos.

A solução ofertada pela Corte Suprema, assim, corroboraria para que réus fossem processados em situação de prisão e até condenados, para tempos depois perceber-se que, de acordo com o entendimento sufragado na repercussão geral, a nulidade da prova por ilicitude (violação a regra de direito material) ou ilegitimidade (violação ao direito processual) impediria a admissão daquela prova fundamental ou mesmo o processamento da demanda, por força do art. 157, § 1°,

do CPP, se configurada situação de nulidade do acervo probatório por derivação.

É evidente o prejuízo do réu, que teve sua liberdade cerceada por longo tempo no curso de um processo cuja nulidade viria a ser reconhecida. É notório também o prejuízo à própria jurisdição, porquanto mobilizada toda a estrutura judiciária no processamento de uma demanda fadada à nulidade.

Não se pode ignorar que a ideia de impedir o sobrestamento das ações penais com réus presos deriva de uma legítima e elogiável preocupação do Supremo Tribunal Federal com a manutenção dessas prisões cautelares por tempo um tempo longo ou indeterminado, mormente porque, como se sabe, o excesso de prazo da prisão não definitiva caracteriza, na esteira da jurisprudência, constrangimento ilegal. Entrementes, o exame acima feito leva à conclusão de que, a depender do caso, a solução conferida pela Corte no RE-QO 966.177 pode não ser a mais adequada.

Aqui vale realçar que não se está a insinuar, por óbvio, que a ordem de sobrestamento decorrente da afetação do tema pelo STJ ou pelo STF deve se operar indiscriminadamente nos feitos criminais, inclusive sobre aqueles em que os réus estão presos preventivamente. O que se passa sustentar, inclusive, parte da mesma premissa estabelecida pelo Supremo, quanto à incompatibilidade ordinária entre a custódia e a suspensão sem prazo preestabelecido.

Com efeito, no que toca à prisão, sabe-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores orienta-se no sentido de que a demora na tramitação do feito pode ensejar o chamado constrangimento ilegal por excesso de prazo, quer seja porque a prisão preventiva ostenta natureza cautelar, não podendo configurar adiantamento de pena, quer seja porque a todos é garantido, nos termos do art. 5°, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (CF/88), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ora, se o parâmetro comumente utilizado para se medir a razoabilidade do ritmo processual é a deflagração da fase instrutória e sua consequente conclusão, diante da suspensão dos processos em decorrência da afetação de determinado tema como repetitivo ou para julgamento com repercussão geral, acinzenta-se no horizonte qualquer perspectiva concreta para que esses feitos voltem a tramitar. Assim é que, a princípio, o sobrestamento das ações penais afigura-se incompatível com a decretação ou manutenção de prisão preventiva.

Deve-se deixar claro que, naturalmente, essa incompatibilidade é apenas inicial, de modo a ser perfeitamente possível que o Magistrado decrete a prisão durante o período de sobrestamento, se sobrevier motivo para tanto, o que pode ser vislumbrado, por exemplo, na situação em que o acusado descumpre reiteradamente as medidas cautelares fixadas, ou evidencia comportamento que faz surgir

a necessidade imperiosa de garantia da ordem pública, da ordem econômica ou da aplicação da lei penal.

Por outro lado, sem maiores restrições, tem-se por perfeitamente compatível com a ordem jurídica vigente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão em desfavor dos acusados nos processos sobrestados.

De fato, não há dúvida de que a prisão preventiva é a mais drástica e invasiva medida cautelar prevista no ordenamento, a uma porque suprime – e não apenas limita – a liberdade do agente, a duas porque o próprio Código de Processo Penal estabelece uma ordem lógica de gravidade no seu 282, § 6°, ao condicionar a decretação da prisão ao não cabimento da sua substituição por outra medida cautelar.

Edilson Mougenot[2], ao tratar em sua obra sobre a característica da substitutividade das medidas cautelares, assim leciona:

> "A lei estabelece, ainda, que a prisão preventiva só poderá ser imposta quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). Há, pois, um escalonamento nas medidas restritivas dos direitos fundamentais, da menos onerosa (hipóteses das cautelares alternativas à prisão) para a mais onerosa (cerceamento da liberdade via prisão provisória), funcionando a prisão como 'último soldado', adentrando ao cenário processual apenas no caso de insuficiência ou inconveniência das outras medidas tomadas, oportunidade em que, nesse caso, assumiria o protagonismo ou papel principal".

Deveras, a partir da ampliação significativa do rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar pela Lei n° 12.403/2011, ficou ainda mais claro o prestígio do legislador aos elementos de necessidade, utilidade e proporcionalidade, enquanto balizadores da fixação, pelo julgador, das medidas cautelares, devendo ser buscadas, sempre que possível, alternativas para o cárcere cautelar, com o estabelecimento de restrições menos drásticas à liberdade do acusado, mantendo-se, contudo, a garantia da eficácia do processo.

Assim é que, se a manutenção da custódia do acusado pelo tempo em que suspenso o processo emerge desproporcional e, por isso, insustentável em um cenário de total ausência de perspectiva para o levantamento da ordem de sobrestamento, a imposição de outras medidas pode revelar-se não só adequada, mas imprescindível à conjugação do direito do indivíduo à liberdade, aliada à presunção de não culpabilidade que lhe assiste, com a necessidade de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a

2 *In* **Curso de processo penal** – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 624.

aplicação da lei penal.

Aqui cabe realçar que, no diálogo do processo penal com as regras processuais civis, é invocável a inteligência do art. 314 do CPC, o qual, ao tratar da suspensão do processo, preceitua que "*Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição*."

Deveras, a possibilidade de o Estado-Juiz atuar, mesmo que durante o período de sobrestamento do processo, é óbvia, tanto é que o art. 366 do CPP permite que o Magistrado, suspendendo o processo que corre contra o acusado citado por edital que não comparece aos autos nem constitui advogado, decrete a sua prisão preventiva.

Aliás, o próprio Supremo, ao estabelecer as premissas para invocação do art. 1.035, § 5°, do CPC ao processo penal, na multicitada Questão de Ordem no RE 966.177, assentou que "*em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC, poderá o juízo de piso, no curso da suspensão, proceder, conforme a necessidade, à produção de provas de natureza urgente*.".

Destarte, se é possível que, durante o sobrestamento, sejam praticados atos urgentes para instrução do processo, afigura-se perfeitamente cabível a atuação cautelar do Juízo com o fim de garantir o resultado útil e prático do processo, desde que presentes o *fumus comissi delicti*, enquanto juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, e o *periculum in libertatis*, consistente no efetivo risco de manter-se o réu em liberdade ampla e irrestrita.

Não bastasse isso, a moderna doutrina, bem assim a jurisprudência, reconhecem ao Magistrado um poder geral de cautela no processo penal, o qual se constitui num permissivo para que, atuando dentro de uma margem de discricionariedade abalizada pela lei, o Juiz estabeleça medidas tendentes a proteger determinado bem jurídico de ameaças, podendo esse bem jurídico ser, naturalmente, a ordem pública, a efetividade da lei penal ou qualquer das outras situações que autorizam a imposição de medidas cautelares típicas ou atípicas.

A jurisprudência do STF, aliás, já sinaliza, ainda que timidamente, o poder geral de cautela no âmbito criminal, ainda que os efeitos desse poder recaiam sobre algum direito ou liberdade do réu, como restou assentado na ADI 4362 (Rel. Min. Dias Toffoli) e no HC 94147 (Rel. Min. Ellen Gracie).

Também o Superior Tribunal de Justiça admite que, por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, pode o magistrado impor ao investigado ou acusado medidas cautelares típicas ou atípicas, evitando os riscos

sociais ou ao processo, observados os ditames do art. 282 do CPP (vide AgRg no HC 527.078/RS e HC 473.630/MG).

Ora, é antiga a máxima de que "*in eo quod plus est semper inest et minus*". Se ao Magistrado é dado decretar a prisão preventiva ainda em fase pré-processual, ou quando suspenso o processo nos termos do art. 366 do CPP, por exemplo, evidencia-se lógico o seu poder-dever de impor medidas cautelares menos gravosas aos acusados em algumas situações, mormente diante da necessidade de se conformar, como já dito, a presunção de inocência e o direito à liberdade dos indivíduos, com o interesse público, uma vez que, nos termos do art. 282, inciso I, do CPP, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e, desse modo, proteger a própria sociedade (ordem pública).

Portanto, conclui-se que, nos casos em que a afetação de algum tema para julgamento com repercussão geral ou como repetitivo, respectivamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, enseja a determinação de sobrestamento de ações penais em curso nas instâncias ordinárias, é legítima a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, a vigorarem durante o período de suspensão do processo.

No que tange à prisão preventiva, conquanto a orientação ordinária do Supremo, fixada no RE-QO 966.177, seja no sentido de que a ordem de sobrestamento não deve se aplicar aos processos com réus presos provisoriamente, afigura-se viável, a depender da matéria afetada e do seu impacto na ação penal em tramitação, que o Magistrado – aqui compreendidos também os Tribunais – avalie a possibilidade de suspender o trâmite do feito, fixando, em desfavor daqueles que estão com a sua liberdade cerceada, medidas cautelares diversas da prisão, como forma de compatibilizar valores como a presunção de inocência, a salvaguarda ao resultado útil do processo e à ordem pública, bem como a isonomia e segurança jurídica, âmagos do sistema de precedentes vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A possibilidade de suspensão dos processos criminais, em decorrência da afetação de determinada matéria para julgamento repetitivo ou com repercussão geral, respectivamente pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, decorre dos próprios valores que sustentam o sistema de precedentes aperfeiçoado com Código de Processo Civil de 2015, dentre os quais a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia e a integridade da jurisprudência.

Essa suspensão tem como base normativa os arts. 1.035, § 5° e 1.037, inciso II, do CPC, que dialoga com o processo penal em decorrência da aplicação subsidiária autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, não se podendo ignorar que a recente Lei n° 13.964/19, conhecida como Lei Anticrime, alterou o art. 638 do referido Código para fazer valer expressamente que a lei processual civil tem aplicação ao processamento dos recursos extraordinário e especial interpostos em ações penais.

O Supremo, aliás, já havia expressamente reconhecido tal possibilidade no julgamento da Questão de Ordem no RE n° 966.177/GO, ocasião em que fixou, dentre outras premissas importantes, a de que "*em nenhuma hipótese, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente*.".

Neste escrito, buscou-se argumentar que, a despeito da legítima e elogiável preocupação do Supremo Tribunal Federal com a manutenção dessas prisões cautelares por tempo um tempo longo ou indeterminado, há situações em que o prosseguimento dos feitos em que se discuta a matéria afetada pode não ser a solução mais adequada.

De fato, restou assentado que, conquanto a prisão preventiva seja, em princípio, incompatível com o sobrestamento do feito, é possível vislumbrar-se, legitimamente, a imposição de outras medidas cautelares necessárias, adequadas e proporcionais à garantia do resultado útil do processo ou mesmo à preservação de valores como a ordem pública.

Isso porque, durante o prazo de suspensão, o próprio CPC estabelece, em seu art. 314, a possibilidade de o juiz praticar atos urgentes, a fim de evitar danos irreparáveis, admitindo o Pretório Excelso, ainda, como consequência da suspensão dos processos penais, que o Magistrado proceda, conforme a necessidade, à produção de provas de natureza urgente, o que indica não haver uma cessação, em absoluto, da jurisdição, enquanto vigorar a ordem de sobrestamento.

Destarte, conquanto a manutenção da custódia do acusado pelo tempo em que suspenso o processo exsurja, ao menos ordinariamente, desproporcional e, por isso, insustentável em um cenário de total ausência de perspectiva para o levantamento da ordem de sobrestamento, a fixação de medidas cautelares diversas da prisão pode revelar-se não só adequada, mas imprescindível à conjugação do direito do indivíduo à liberdade, aliada à presunção de não culpabilidade que lhe assiste, com a necessidade de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. **Do efeito vinculante à força obrigatória dos precedentes.** *In:* As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro / Vânila Cardoso André de Moraes, coordenadora. Brasília: Enfam, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NETO, Ney Castelo Branco. **Recursos repetitivos no novo CPC:** sistematização e racionalidade. In: Julgamento de casos repetitivos / Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenadores. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 10.ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.** 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

2

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E POR INCITAÇÃO NA PANDEMIA DA COVID-19

Cícero Dantas Bisneto
Graduado em Direito pela UFBA
Especialista e Mestre em Direito Civil pela UFBA
Doutorando em Direito Civil pela USP
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Juiz Eleitoral do TRE-BA
Membro do IBERC

Romualdo Batista dos Santos
Especialista em Direito Contratual e Direito de Danos pela USal
Mestre e doutor em Direito Civil pela USP
Professor convidado em cursos de pós-graduação
Membro do IBDCIVIL
Membro do IBERC
Advogado

Caroline Cavet
Graduada em Direito pela PUCPR
Especialista em Direito Público pela UNIBRASIL
Pós Graduanda em Direito Médico pela UNICURITIBA
Presidente da Comissão de Juizados Especiais da OABPR
Vogal na Junta Comercial do Paraná
Advogada

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discutir a responsabilidade civil do Estado diante da pandemia do coronavírus. Partindo-se de um panorama histórico, busca-se analisar os fundamentos e requisitos da responsabilidade civil estatal, enfrentando-se especialmente a questão da objetivação da responsabilidade por omissão. Ao se concluir que o Estado não deve ser visto como segurador universal, responsável por todos os danos ocorridos na sociedade, analisa-se em que hipóteses a omissão estatal ensejaria o dever de indenizar. É abordada a questão da culpa na responsabilidade civil por omissão, e a relevância do nexo de causalidade na imputação da responsabilidade. Debate-se ainda em que medi-

da as autoridades públicas podem ser responsabilizadas por comportamentos ou discursos em descompasso com as regras sanitárias de combate ao coronavírus, trazendo-se como exemplo o caso do terremoto ocorrido na cidade de L'Aquila, capital de Abruzzo, na Itália. Investiga-se se é possível estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelas vítimas da pandemia da Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE: Coronavírus. Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Incitação. Covid-19.

INTRODUÇÃO

A pandemia causada pela Covid-19, e sua exponencial disseminação, suscita infindáveis reflexões de natureza social, econômica e política, inclusive com a imposição de isolamento e distanciamento social, conforme dispõe a Lei nº 13.979/2020, o que, naturalmente, gera repercussões jurídicas, particularmente sobre as obrigações em geral e a responsabilidade civil.

A Covid-19, declarada como pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), é fenômeno natural, imprevisível e inevitável, que pode ser considerado como força maior para efeito de exclusão da responsabilidade civil do Estado. Entretanto, a pandemia, por si só, não tem condão de isentar o Estado ou agentes públicos, de forma irrestrita, pelas decisões e condutas adotadas, mas constitui fato que, aliado a outras circunstâncias, pode ocasionar danos indenizáveis.

Muito embora o Estado não figure como segurador universal, é possível vislumbrar numerosas hipóteses de responsabilidade civil estatal, seja pela omissão, seja pela ineficiência das providências adotadas, ou ainda pelo desacerto em sua postura de enfrentamento de crise que venham a causar danos a particulares ou empresas.

No presente trabalho, partindo-se da análise da evolução da responsabilidade civil do Estado até os dias atuais, investiga-se, sem intenção de exaurir as hipóteses, em que medida o Poder Público responde por eventuais omissões quanto às medidas necessárias para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, bem como pela adoção de postura ostensiva contra as recomendações das autoridades sanitárias, com indução e incitação da população a comportamentos nocivos à saúde pública.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Antes de ingressar diretamente no objeto do presente estudo, devem ser ressaltados alguns aspectos da responsabilidade civil do Estado que são relevantes para responder às indagações propostas. Deste modo, em um primeiro ponto, serão visitados, de forma concisa, os fundamentos da responsabilidade civil estatal, destacando-se seu conceito, pressupostos, requisitos e fatores de exclusão.

1.1. ORIGEM E FUNDAMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado moderno, forjado no bojo das transformações que culminaram com a Revolução Francesa, é fundado em um princípio racional de organização e orientado pelos princípios da liberdade e da igualdade perante a lei. É neste contexto que se vislumbra a ideia de Administração Pública que desempenha atividades estatais com alguma autonomia em relação ao poder político. É também neste ambiente que se pode cogitar sobre a responsabilidade dos entes estatais, uma vez reconhecida sua personalidade jurídica, que não se confunde com as pessoas dos governantes e administradores[1].

A responsabilidade civil do Estado pode ser definida como a obrigação que incumbe ao poder público de reparar os danos causados a terceiros por ações e omissões de seus agentes no desempenho das atividades estatais[2]. No entanto, a possibilidade de impor o dever de indenizar ao Estado nem sempre constituiu matéria pacífica em termos doutrinários e jurisprudenciais, transitando desde a defesa da absoluta irresponsabilidade do Estado[3] até a assunção, ao menos no Direito

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 39-66.

2 Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella di Pietro atrelam a responsabilidade civil do Estado aos danos causados pelos agentes públicos, no desempenho de suas funções (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 620; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Atlas, 2007. p. 596). Celso Antônio Bandeira de Melo vincula a responsabilidade ao comportamento da própria Administração Pública (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 983). Por fim, Yussef Said Cahali reduz a responsabilidade civil do Estado aos danos que decorrem de suas atividades (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13).

3 A teoria da irresponsabilidade absoluta remete à ideia de supremacia do Estado sobre seus súditos, em uma tentativa de trazer para o Estado moderno algum resquício do absolutismo pré-moderno. De acordo com esta teoria, o Estado não tem fins próprios, mas atua sempre em benefício de seus súditos. Ao Estado soberano compete organizar o direito, não se admitindo que seja ele mesmo violador do próprio direito. Os funcionários administrativos não são representantes do Estado, devendo agir de acordo com o direito posto pelo Estado. Os atos contrários à lei não podem ser considerados atos do Estado, mas atos contra o Estado, que são de responsabilidade pessoal do funcionário. Nessa concepção, o Estado figura como fonte geradora do direito e também como tutor do direito, não se admitindo que possa praticar injustiças nem atos contrários à lei. A teoria da irresponsabilidade absoluta foi perdendo força com o passar

brasileiro[4], de uma responsabilidade objetiva pelos entes estatais.

No direito positivo nacional[5], a responsabilidade civil do Estado surge no Código Civil de 1916, ainda sob as vestes da teoria da culpa, regra geral aplicável àquele tempo. Antes disso, as constituições de 1824 e 1891 cuidavam apenas da responsabilidade dos empregados públicos por abusos e omissões. A Constituição de 1934 elevou a responsabilidade civil do Estado ao patamar constitucional, revestindo-se, porém, de natureza subjetiva e solidária com os funcionários públicos. Com a Constituição de 1946, a responsabilidade civil objetiva do Estado foi inscrita no texto constitucional, adotando-se a teoria do risco administrativo, fato que se repetiu nas Cartas Constitucionais de 1967 e 1969[6]. Atualmente, a responsabilidade civil objetiva do Estado está prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição

do tempo até ser completamente abandonada. As derradeiras nações que a adotavam foram a Inglaterra e os Estados Unidos, que a aboliram em 1946 e 1947 (CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado.* Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 272-286). Vigia a máxima "*the king can do no wrong*". Segundo o Dicionário de Provérbios de Oxford, "*altered to queen when appropriate. Cf. the legal maxim: rex non potest peccare, the king can do no wrong; also c 1538 T. Starkey England in Reign of King Henry VIII (EETS) I. iv. Wyl you make a king to have no more powar then one of hys lordys? Hyt ys commynly sayd... a kyng ys above hys laws*" (SPEAKE, Jennifer. Oxford Dictionary of Proverbs. 6 ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 171). A expressão é ainda definida, segundo a doutrina inglesa: "*The moral paradox that the 'king can do no wrong', is a formula for expressing an important constitutional doctrine, that no mismanagement in government is imputable personally to the Sovereign, whilst, nevertheless, no wrong can be done to the people, without a remedy*" (AMOS, Andrew. *The English Constitution in the Reign of King Charles the Second*. Cambridge: Cambridge University Press, 1857, p. 11).

4 No Direito português, a responsabilidade civil do Estado restou consagrada inicialmente no Decreto Lei nº 48051, de 21 de novembro de 1967. Tal instrumento normativo acabou por ser revogado apenas em 2007, com a promulgação da Lei 67/2007, que atualmente disciplina a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das pessoas coletivas de direito público. No que toca à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, o indicado corpo normativo estabelece diversos regimes. No artigo 7º/1, cuida-se da responsabilidade do Estado por fatos ilícitos e culposos, no caso de culpa leve, enquanto no artigo 7º/3 é tratada a questão da responsabilidade estatal pelo funcionamento anormal do serviço. Por sua vez, o art. 11º/1 discorre sobre a responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos (BARBOSA, Mafalda Miranda. A causalidade na responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 2, 2020, p. 388-437).

5 A título comparativo, no Direito alemão a responsabilidade civil do Estado é tratada no art. 34 da Constituição e no § 839 do BGB. O preceito constitucional mencionado afirma que a responsabilidade recairá principalmente sobre o Estado ou órgão público, se qualquer pessoa, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, violar seu dever oficial com terceiros. Em caso de erro intencional ou negligência grave, o direito de recorrer contra o oficial deve ser preservado. O §839 do BGB, em sua primeira parte, registra que se o oficial for responsável apenas por negligência, somente poderá ser responsabilizado se a vítima não for capaz de obter a compensação por outra forma, em verdadeira regra de subsidiariedade. Esta disposição, que pretendia estabelecer um privilégio ao oficial, relativamente à sua responsabilidade pessoal, também se aplica à responsabilidade estatal, de acordo com a jurisprudência estabelecida. A subsidiariedade da responsabilidade do Estado é, no entanto, em grande parte considerada como censurável. A última parte do citado §839 contém ainda disposição sobre negligência contributiva, asseverando que a obrigação de indenizar não se aplica se o lesado, deliberada ou negligentemente, não tiver evitado o dano por meio de medidas judiciais (DEUTSCH, Erwin; AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliksrecht*. 6. Auflage. München: Franz Vahlen, 2014, p. 489-490).

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1.015-1.019.

de 1988 e no art. 43 do Código Civil de 2002.

A teoria do risco administrativo, encampada pelo Direito brasileiro, rompe com a necessidade de comprovação de culpa ou erro de conduta, desde que o dano possa ser vinculado a alguma atividade estatal; a culpa, se houver, só será relevante para eventual ação de regresso do Estado contra o agente causador do dano[7]. Por via de consequência, o ordenamento jurídico pátrio não adota a teoria do risco integral, não se podendo postular ou impor ao Estado a condição de segurador universal de todos os danos experimentados[8].

Não obstante o reconhecimento da natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado desde a Constituição de 1946, a teoria da culpa mantém sua influência sobre o sistema jurídico nacional, o que se justifica em grande medida porque os textos legais e constitucionais ainda incorporam, de certo modo, o elemento subjetivo à responsabilidade civil estatal[9] como, por exemplo, a possibilidade de se invocar a culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade civil do Estado. Nestes casos, porém, não se trata de aferição de culpa, mas de perquirição sobre o nexo de causalidade[10].

Entretanto, ainda vigora o entendimento, sufragado por parte da doutrina e da jurisprudência, de que, nos casos de omissão, a responsabilidade estatal seria subjetiva[11]. Ocorre que, com a adoção da teoria do risco administrativo, resta superada a discussão sobre a responsabilidade civil por ação ou omissão estatal[12]. Com efeito, a atividade administrativa estatal é necessária e permanente em todas

7 "A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (STF – Plenário, Tema 940 de Repercussão Geral, Rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, RE 1027633/SP, J. 14.08.2019).

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro...,* p. 622-623. Ver também: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado...,* p. 40.

9 Felipe Braga Netto, embora enfatize a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado, ressalta a reminiscência da teoria da culpa no plano jurisprudencial (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed. ver, amp e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 115-117).

10 Para Yussef Said Cahali, o fundamento basilar da responsabilidade civil do Estado é o nexo de causalidade entre o dano e a atividade estatal (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado...,* p. 32-43).

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...,* p. 1.022.

12 "Mesmo contando com mais adeptos, a despeito também de transparecer na literalidade das normas (CF, art. 37, § 6° e art. 43 do Código Civil de 2002), há ainda quem somente reconheça a vincule as omissões estatais à responsabilidade subjetiva. Não é difícil imaginar que isso possa ocorrer, pois a clareza ou não de um texto não lhe retira a necessidade de interpretação, mais ainda quando o que está em jogo é um aspecto normativo da lei fundamental. De qualquer modo, não há justificativa teórica para restringir-se a indenização dos danos, nos casos envolvendo omissões dos agentes públicos, a prévia comprovação da culpa em qualquer de suas modalidades" (PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos: Faute du Service e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 178).

as situações em que o interesse público exigir. O Estado responde objetivamente pelos danos causados tanto em virtude de sua intervenção quanto em decorrência de sua inação específica diante de situações demandadas pelo interesse público[13].

De tudo isso resulta que, atualmente, no cenário brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, exigindo-se tão somente a relação de causalidade entre o dano e alguma atividade estatal. O Estado responde tanto por intervenção quanto por inação qualificada e a perquirição sobre a conduta culposa do agente causador direto do dano tem relevância apenas no tocante a eventual ação de regresso a ser promovida pelo Poder Público.

1.2. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

São pressupostos da responsabilidade civil, em geral, o dano, a ilicitude, a conduta culposa e o nexo de causalidade[14]. Porém, tratando-se de responsabilidade objetiva, a vítima fica dispensada de provar a culpa do agente, bastando, para ensejar o dever de reparar, a prova do dano e do nexo causal com a atividade.[15] Entendida que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, seus pressupostos são aqueles da responsabilidade objetiva.

A ilicitude da conduta, que figura, em regra, dentre os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, não desempenha o mesmo papel no âmbito da responsabilidade civil estatal[16]. A diferenciação entre os atos lícitos[17] e ilícitos praticados pela Administração Pública se afigura relevante para fins da fundamentação do dever reparatório[18]. Enquanto, no primeiro caso, o fundamento da responsabili-

13 Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que o "princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz a situação de 'dever' em que se encontra a Administração – direta ou indireta – em face da lei. O interesse público não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de comando" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...,* p. 69-87).

14 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016*,* p. 32-41; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32-34.

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...,* p. 287.

16 CALVO COSTA, Carlos Alberto. Daño resarcible, p. 51; DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum.* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 16.

17 Segundo Marcos Bernardes de Mello, os atos lícitos seriam classificados como atos-fatos jurídicos indenizativos: "Os atos-fatos jurídicos indenizativos (casos de indenizabilidade sem ilicitude, ou sem culpa, segundo a terminologia de Pontes de Miranda, que adotamos nas edições anteriores) configuram-se naquelas situações em que, de um ato humano não contrário a direito (=lícito) decorre prejuízo a terceiro, com dever de indenizar (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano de existência. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135).

18 GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não incidência de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier

zação deriva do postulado da distribuição igualitária dos ônus e encargos públicos, na segunda hipótese ele procede simplesmente da violação da legalidade[19].

Em ambas as hipóteses, o dano, para ser indenizável, deverá corresponder a uma lesão certa a um direito da vítima, no sentido de não constituir apenas uma possibilidade ou uma probabilidade, ainda que futura. Relativamente aos atos lícitos, contudo, dois outros requisitos seriam necessários à configuração do dever de indenizar[20]. O dano, neste sentido, deve ser caracterizado pela especialidade[21], onerando "a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico[22], disseminado pela sociedade[23]". Deve ainda o dano constituir uma anormalidade, excedendo os incômodos inerentes à vida em sociedade[24].

Na teoria geral da responsabilidade civil, o dano envolve a lesão a um interesse jurídico tutelado pelo ordenamento e a consequência negativa sofrida pela vítima.[25] Em vista disso, é possível concluir que o dano é fenômeno translativo

Latin, 2010, p. 304. De acordo com Lúcia Valle Figueiredo, o Estado pode ser responsabilizado quando lesar o administrado no cumprimento de suas funções e exercício de competências-deveres, ainda que o ato seja lícito, sob o fundamento do postulado da igualdade, de forma que toda a coletividade deve suportar as cargas públicas (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 179).

19 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 974.

20 Esta diferenciação, entretanto, não é unânime na doutrina. No direito estrangeiro, Jean Rivero sustenta que a certeza, a especialidade e a anormalidade são características do dano indenizável, independentemente de ser este proveniente de um ato lícito ou ilícito (RIVERO, *Jean. Direito Administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 315-315).

21 ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 33-34.

22 Em recente decisão, o *Landgericht* (LG) de Heilbron (julg. em 29.4.2020, Az.: I 4 O 82/20), município do Estado de Baden-Württenberg, decidiu que o fechamento de um salão de beleza, em razão da pandemia, não gera o direito a uma indenização antecipada. Em que pese o § 56 da Lei de Proteção contra Infecções (*Infektionsschutzgesetz*) preveja a concessão de indenização às pessoas afetadas pelas restrições às atividades econômicas, "a atividade profissional da autora não foi paralisada em decorrência da infecção, suspeita ou ameaça de infecção da autora individualmente considerada, ou seja, de uma ameaça concreta, mas sim em consequência de medida governamental geral e abstrata, válida para toda a população" (FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. Revista Migalhas: German Report. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniais-de-empresa-fechada-por-causa-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 26 mai. de 2020.

23 Celso Antônio Bandeira de Mello indica, como exemplo de dano genérico, a perda de poder aquisitivo da moeda oriunda de medidas econômicas inflacionárias (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 905).

24 "Os danos normais, os sacrifícios diminutos, de pouca importância, que constituem encargos sociais, seriam compensados por vantagens de outra ordem, provenientes da atuação da máquina estatal. O limiar entre aquilo que se pode chamar de encargo normal da vida em sociedade e o que se qualifica como dano grave, de acordo com o exposto, adviria da aplicação do princípio da razoabilidade, de modo que afetações não razoáveis a bens, direitos ou atividades podem gerar pretensões de ressarcimento" (LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015).

25 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II.

que se passa entre a conduta praticada pelo agente e a lesão experimentada pela vítima[26]. No caso da responsabilidade civil do Estado, o dano constitui a violação a interesse jurídico do lesado em decorrência do exercício da atividade estatal. Ademais, o dano deve ser injusto, no sentido de que a vítima não está obrigada a suportar o prejuízo.

O nexo de causalidade, por sua vez, constitui um dos temas mais áridos da seara da responsabilidade civil, memorando a doutrina a miríade de teorias que logram explicar este pressuposto jurídico[27] do dever de indenizar. Diante das dificuldades de se alcançar uma definição de causalidade jurídica, certos autores chegaram mesmo a questionar a utilidade de uma busca sistemática pelo estabelecimento de um conceito[28]. Embora constitua questão tormentosa, a causalidade deve ser enfrentada para fins de fixação da responsabilidade. Neste ponto, faz-se imprescindível investigar, em um primeiro plano, a ocorrência da causalidade factual[29], aplicando-se a teoria da *conditio sine qua non*, para, só então, analisar-se a conexão jurídica entre a conduta ou omissão estatal e o dano, como forma de limitação da responsabilidade[30].

Várias teorias buscam explicar o fenômeno causal, dentre as quais se destacam a da equivalência das causas, a da interrupção do nexo de causalidade, a da causalidade adequada e, mais recentemente, a do escopo de proteção da norma violada[31]. A rigor, as teorias sobre nexo de causalidade são relevantes, mas nenhu-

p. 313; BUERES, Alberto J. *Derecho de daños.* Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2001. p. 483; ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil.* Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 1; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral.* 10. ed., 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. v. I. p. 597.

26 ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile,* v. IV: La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 100 e 608.

27 MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *Revista dos Tribunais* – RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 812, p. 75-99, jun./2003, p. 94. Acerca da discussão da natureza jurídica da causalidade, cf. DAVID, Tiago Bitencourt. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 17. Ano 5. P. 87-104: Ed. RT, out.-dez. 2018.

28 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013, p. 239-240.

29 É corriqueira, no direito europeu, a distinção entre causalidade fática e causalidade jurídica. Enquanto no primeiro caso analisa-se se existe uma conexão causal entre o fato e o dano, serve a dita causalidade jurídica como forma limitação da responsabilidade, por meio de um juízo meramente valorativo. Neste sentido: "*Second, all European jurisdictions acknowledge a fundamental divide running through the causal inquiry, which can be broken down into different sub-species of investigation: one eminently factual, and the other quintessentially legal or policy-based. In many legal systems, the divide overlaps with that between issues of facts and issues of law, thus determining the reviewability of judgments*" (INFANTINO, Marta; ZERVOGIANNI, Eleni. Unravelling Causation in European Tort Laws. *Rabelz Zeitschrift*, p. 647-673, n. 83, 2019, p. 649).

30 "Mediante uma 'valoração' (*Wertung*) investiga-se em que medida o mero nexo de causalidade pode justificar a responsabilização pelas consequências lesivas de um fato que fundamenta a responsabilidade (...)" (REINIG, Guilherme Henrique Lima. *A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 18. Ano 6, p. 215-248. São Paulo: RT, jan.-mar.2019, p. 223).

31 Sobre o tema, cf.: REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*: a teoria do escopo da de proteção da norma (*Schutzzwecktheorie*) e a sua aplicabilidade

ma é suficiente[32] para determinar a causalidade de maneira satisfatória em todos os casos,[33] o que, por vezes, leva o julgador a transitar entre uma e outra para resolver o caso concreto, muitas vezes de forma intuitiva[34] e atécnica. De todo modo, a verificação da relação de causalidade entre o dano e a atividade desempenhada pelo Estado é indispensável para configuração do dever de reparar o dano.

Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro não adota a teoria do risco integral, a imputação de responsabilidade ao Estado comporta oposição de fatores de exclusão, que basicamente se reduzem a três: caso fortuito ou força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Relativamente ao caso fortuito e à força maior, em que pesem vários critérios tenham sido construídos com o desiderato de diferenciar estas duas figuras[35], o Código Civil de 2002, em seu art. 393, parágrafo único, igualou os institutos, registrando que constituem fatos necessários, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir. A inevitabilidade, portanto, constitui a marca característica de ambas as figuras jurídicas, não tendo o legislador nacional erigido a imprevisibilidade ao patamar de requisito definidor dos institutos mencionados[36].

Outro fator de exclusão de responsabilidade civil é o denominado fato de terceiro, em que a vítima postula reparação de danos morais e materiais contra o Estado, mas a dilação probatória conclui que o dano foi causado por pessoa diversa. É necessário que o fato seja praticado por alguém estranho às atividades estatais e que não esteja a serviço do poder público. Semelhante ao fato de terceiro é a culpa exclusiva da vítima, em que há deslocamento do nexo de causalidade,

---

no direito civil brasileiro. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

32 Neste sentido: NIEBAUM, Gerd. *Die Deliktiche Haftung für fremde Willenbetätigung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977, p. 26. Philipp Forst, por sua vez, sustenta que as teorias causais não podem ser demasiado abrangentes, a ponto de se tornarem imprestáveis, em razão de sua excessiva generalidade, nem extremamente restritivas, sob pena de não cobrirem uma gama ampla de situações (FORST, Stephan Phillipp. *Grenzen deliktscher Haftung bei psychisch vermittelter haftungsbegründender Kausalität*. München: WF, 2000, p. 208-209).

33 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 587.

34 *"¿Cuáles son las conclusiones que se pueden extraer de esta larga excursión a través de una serie de sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo? Creo que se puede ratificar la inicial afirmación de posible el hallazgo de criterios que permitan determinar qué suerte correrán, en el futuro, los casos que ante el Tribunal lleguen. Algo hace pensar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica"* (DÍEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños.* Madrid: Civitas, 1999, p. 37).

35 "Sobre a diferenciação entre força maior e caso fortuito, tem-se que a doutrina e a jurisprudência jamais chegaram a um consenso. Tentam classificar e conceituar tais fenômenos ora à luz da imprevisibilidade, ora à luz da inevitabilidade, acabando por confundir o intérprete" (MELO, Diego L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013).

36 "Muito se discutiu em doutrina sobre a distinção entre caso fortuito e força maior. De todas as distinções feitas, concluímos que entre ambos os fenômenos há apenas uma diferença de grau, com idênticas consequências (...). No entanto, para fins práticos, pouco importa a distinção" (VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Código Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 540).

afastando a responsabilidade do Estado. Para os fins desta excludente, pouco importa se a vítima é agente público ou se é terceiro estranho às atividades estatais. Enquanto vítima e, por princípio, aquele que sofre um dano tem direito à respectiva reparação, salvo se o Estado comprovar que o dano se efetivou por fato imputável exclusivamente à conduta daquela. Tal como ocorre com o fato de terceiro, também na culpa da vítima é preciso que haja exclusividade, sendo determinante para a produção do dano. Se a culpa da vítima contribui parcialmente para o resultado danoso, permanece a responsabilidade do Estado, cabendo, porém, a redução do montante indenizatório com base no art. 945 do Código Civil[37].

2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO ESTATAL NO ÂMBITO DA COVID-19

A evolução da sociedade e dos deveres fundamentais do Estado ampliaram as hipóteses de danos indenizáveis e restringiram os espaços de omissões estatais tidas como legítimas. A Administração Pública torna-se responsável por atuar, de forma eficiente e eficaz[38], para garantir os direitos fundamentais às pessoas, dentre esses o acesso à saúde[39], em sua mais ampla compreensão.

A ineficiência ou a ausência de adoção de medidas políticas, sociais e econômicas que visam à prevenção da disseminação da Covid-19 e seus desdobramentos, pela Administração Pública, pode gerar o dever de reparar os danos causados aos que forem lesados[40]. Entretanto, não é qualquer omissão do Estado que ensejaria a responsabilidade civil. Seria necessária uma omissão qualificada (específica), ou seja, aquela que, além de decorrer de um dever legal particular[41],

37 Ensina Wilson Melo da Silva que se verifica "(…) a exoneração total ou parcial da responsabilidade estatal na espécie, em decorrência de culpa total ou parcial da vítima (…). A culpa da vítima (não a do agente, a qual só interessaria para fins e efeitos do direito regressivo do Estado) influiria, na hipótese, para minorar ou mesmo excluir a responsabilidade civil do Estado (…) estaria sempre fixada pela responsabilidade objetiva, que apenas se elidiria ou se atenuaria naquelas hipóteses, respectivamente, de culpa total ou parcial da própria vítima, na concretização do evento danoso" (SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 228). Parcela da doutrina tem entendido que quando a codificação civil se refere à compensação de culpas (art. 945), estar-se-ia tratando, em verdade, do fenômeno da concausalidade. Neste sentido o Enunciado 630 do CJF: "Art. 945: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um".

38 JUAREZ FREITAS. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009, p. 22.

39 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: O perfil dos novos tempos..., p. 239.

40 GABARDO, Emerson, HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. *in* GUERRA, Alexandre D. de Mello, *et al*. *Responsabilidade civil do estado:* Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 258.

41 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,

é causa direta e imediata do dano.

Repete-se que, em que pese a divergência, doutrinária e jurisprudencial, acerca da forma objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil estatal por omissão[42], há uma tendência pela sua objetivação[43]. A adoção da teoria objetiva não se traduz em alargamento desmedido da responsabilidade estatal, mas traz ao centro das discussões a problemática do nexo causal[44].

Contextualiza-se que a Organização Mundial da Saúde recebeu o primeiro reporte de caso da Covid-19, com origem em Wuhan, na China, em 31 de dezembro de 2019, e o coronavírus propagou-se, de forma veloz e exponencial, por todos os continentes, e, após cerca de 60 dias, teve o primeiro registro de ocorrência no Brasil. Notadamente, a Covid-19, catástrofe biológica, pode se enquadrar, em regra, entre as hipóteses de exclusão de reparação civil (fato fortuito ou força maior), por estes corresponderem, como prediz o citado art. 393, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, a um "fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis de se evitar ou impedir". Todavia, esta hipótese não pode, de forma indiscriminada, servir como fundamento para a aplicação da excludente, visto que, havendo a possibilidade de o Estado prever ou impedir as consequências do evento natural, a sua omissão enseja o dever de reparar[45].

Tal entendimento é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.299.900/RJ[46], afastou a excludente de responsabilidade civil estatal pelo caso fortuito ou força maior, aplicando o princípio da precaução. O mencionado postulado exige a ação preventiva da Administração

---

1997. p. 624.

42 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 179; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: Doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 1006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 788; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 343; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 630.

43 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson; e FARIAS, Cristiano Chaves. *Novo tratado de responsabilidade civil*..., pag. 1234.

44 Bruno Miragem, após diferenciar a omissão específica e a omissão genérica, assevera: "A rigor, contudo, a distinção parece que não se encontra isoladamente na presença ou não de culpa, sendo casos de atos comissivos ou omissivos do Estado. Pode concorrer quando o dano tenha por origem a ação de terceiro ou força maior, em que a conduta do Estado concorra e seja decisiva para a realização do dano. Nesse sentido a discussão desloca-se da culpa para a relação de causalidade entre a conduta estatal e o dano. E para tanto, exige-se que haja um dever preexistente do Estado, cujo descumprimento possa ser caracterizado como a causa do dano (MIRAGEM, Bruno Nubens Baborsa. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 426)

45 CARRA, Bruno Leonardo Câmara e LEMOS, Lívia Oliveira. Coronavírus, direito à saúde e danos extrapatrimoniais: Qual a correlação? In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson e DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil:* Impactos contratuais e extracontratuiais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 315.

46 STJ. Resp nº 1.299.900/RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento: 03/03/2015. Disponibilização em DJE 13/03/2015.

Pública frente aos riscos potenciais que, de acordo com o conhecimento à época dos fatos, ainda não eram identificados. No julgamento, entendeu-se que a não adoção do imprescindível controle da qualidade do sangue em transfusões, em que pese a anunciada epidemia do vírus de HIV em curso em todo mundo, configurou conduta danosa da Administração Pública e, consequentemente, a imposição do dever de reparar.

De igual modo, chegam ao Judiciário demandas que visam a reparação de danos pelo óbito decorrente da contaminação pela dengue. Sabidamente, o Brasil vem sendo acometido, nas últimas décadas[47], por surtos da referida doença. Entretanto, as políticas públicas adotadas para o combate e a disseminação da moléstia, muitas vezes, parecem não surtir efeito. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.133.257, impôs ao Estado o dever de reparar o dano sofrido pelo pai em face do falecimento da filha acometida pela doença, por entender que este não adotou um programa de combate à epidemia da dengue[48]. Entretanto, cabe a ressalva de que o Estado não é segurador universal[49] e, portanto, uma vez implementados programas de prevenção e combate à doença, dentro de protocolos científicos, ainda que insuficientes para eliminar por completo o contágio da enfermidade, não se pode impor ao Estado o dever de reparar[50].

Destarte, parece-nos nítido que a Covid-19 acometeria inevitavelmente a população brasileira, independentemente das medidas preventivas adotadas. Isso porque o coronavírus afetou pessoas em todos os continentes, não sendo crível admitir-se que seria possível ao Estado brasileiro conter completamente o avanço da pandemia viral em território nacional. Ocorre que se pode afirmar que nem todos os efeitos da Covid-19 podem ser tidos como inevitáveis, de forma que certas consequências da doença derivaram de ato omissivo da Administração Pública. Dentre as diversas situações vivenciadas, podem ser citadas a falta de fornecimento de equipamento de proteção aos profissionais de saúde[51], a escassez de

47 MARZOCHI, Keyla, GADELHA, Paulo, LIMA, Milton Moura, *et al*. *Dengue no Brasil: História, ciências, saúde.* Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59701998000100012>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

48 STJ. Resp nº 1.133.257. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento:29/10/2009. Data de Publicação: DJe 02/02/2010.

49 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara e LEMOS, Lívia Oliveira. Coronavírus, direito à saúde e danos extrapatrimoniais: Qual a correlação? *In:* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson e DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil:* Impactos contratuais e extracontratuiais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 319.

50 STJ. AREsp. 1507473/SP. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento 02/03/2020. Data de Publicação: DJE 04/03/2020.

51 BOCCHINI, Bruno. Coronavírus: pesquisa mostra que 50% dos médicos acusam falta de EPI. Publicado em 28/04/2020. *Agência Brasil.* Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/coronavirus-pesquisa-mostra-que-50-dos-medicos-acusam-falta-de-epi>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

leitos em unidades de tratamento intensiva (UTI)[52]e a não fiscalização de medidas implementadas. Nestas hipóteses, não se pode, *prima facie*, afastar a responsabilidade estatal.

Nestes casos, a responsabilização do Estado dependerá da análise do nexo causal, que não poderá ser apriorístico e peremptoriamente determinado. Isso porque, pela complexidade das consequências da pandemia, deverá ser sopesado se, para determinada situação, seria exigível do Estado que tivesse adotado determinada conduta, levando-se em conta as peculiaridades dos entes federados, em especial os limites dos recursos orçamentários e a necessidade de contratação por licitação[53], dentre outras, sem deixar de lado que o dano suportado pela parte deve resultar, de forma direta e imediata, da omissão da Administração Pública.

A responsabilidade civil estatal não deverá ser afastada, como parece sustentar parcela relevante da doutrina, em razão da ausência de culpa da Administração Pública em adotar as medidas necessárias, visto que, como já afirmado, responde o Estado objetivamente tanto pelas condutas perpetradas, como pela falta de atuação (omissão). Em verdade, não há se falar, como regra geral e inafastável, no caso da carência de leitos de UTI ou de quadro médico insuficiente, por exemplo, da existência de nexo de causalidade entre o não-agir do ente público e os danos causados. Embora a omissão estatal constitua *conditio sine qua non* de eventual lesão suportada pela vítima, as teorias da causalidade são encaradas atualmente como teorias de imputação[54], objetivando limitar a responsabilidade civil, mediante a adoção de critérios jurídicos objetivos.

No caso em comento, não haveria como o Estado, em regra, à falta de informações precisas sobre a pandemia, por se tratar de acontecimento inédito, e dadas as condições financeiras do Estado brasileiro, adotar todas as providências necessárias ao regular tratamento da totalidade de pacientes infectados. Assim, tratando-se de evento de efeitos em certa medida inevitáveis, não se pode imputar ao Estado todas as consequências advindas da trágica situação. Logicamente que, em determinados casos, como, por exemplo, no do preso que, diagnosticado com a doença, não recebe o tratamento adequado, ou mesmo no caso dos hospitais de campanha que não foram construídos em razão de desvio de verba pública, a responsabilidade se impõe, pois a omissão estatal se afigura como causa adequada

52 TOLEDO, de Giuliana; ALTINO, Lucas; e HERDY, Thiago. *Estados já enfrentam falta de leitos de UTI para covid-19.* O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/estados-ja-enfrentam-falta-de-leitos-de-uti-para-covid-19-1-24382684>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

53 Adverte-se que, com a decretação do Estado de emergência, há flexibilização das normas para contratação emergencial de bens e serviços pelo Estado com dispensa de licitação (Lei 8.666/93, art. 24, IV; Lei 8.080/1993, art. 15, XIII; Lei 13.979/2020) e contratação de pessoas sem processo seletivo (Lei 8.745/93). Entretanto, em se tratando de medidas preventivas, isto é, antes da referida decretação, há submissão as normas rígidas para contratação.

54 LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*: allgemeiner Teil. 14. Auflage, v. 1. München: Beck, 1987, p. 435.

do dano[55].

Oportuno registrar que, atualmente, encontra-se em trâmite no Senado o Projeto de Lei nº 2.033/2020, que atribui responsabilidade objetiva ao Estado em caso de falecimento por escassez de unidades de tratamento intensivo (UTI). O projeto estabelece o pagamento de indenização aos familiares de paciente que vier a falecer por falta de leitos em UTI no valor pré-fixado de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), além de pensionamento, apurado pela média das últimas doze remunerações do paciente, garantindo-se o valor mínimo de um salário mínimo[56].

Em que pese a boa intenção do legislador, referida proposta parece-nos prematura. Sem adentrar na questão da tarifação do dano, que já foi numerosas vezes questionada, nota-se que o texto do projeto normativo padece de imprecisão, ao deixar de especificar a natureza da lesão a ser indenizada[57], além de indicar, de forma apriorística, e desconectada do caso concreto, os membros da família elegíveis a receber o montante indenizatório. Outro ponto que merece atenção é o estabelecimento de "pensão por lucros cessantes", baralhando institutos oriundos da responsabilidade civil e do direito previdenciário. Para além disso, a proposta impõe indistintamente a reparação ao Estado, deixando de ressalvar as hipóteses em que o dano ocorreu como consequência inevitável da pandemia, sem que se possa estabelecer o nexo de causalidade entre a omissão estatal e a lesão suportada.

É possível concluir que não se mostra razoável defender-se a ideia de que o Estado deve ser responsabilizado por todos os danos causados pela pandemia, uma vez que se trata de fenômeno epidemiológico inédito, e cujas consequências e efeitos, muitas vezes, não poderiam ser evitados pelos entes estatais. Deve-se ressalvar, contudo, que se podem vislumbrar hipóteses em que as lesões sofridas pelas vítimas guardam relação de causalidade, fática e jurídica, com determinado ato omissivo estatal, devendo o caso concreto ser analisado à luz de suas peculiaridades.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR INCITAÇÃO AO DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS DE ISOLAMENTO NO ÂMBITO DA COVID-19[58]

55 Sobre a teoria da causalidade adequada, cf: "Von Kries soluciona o problema com base no conceito de 'possibilidade objetiva' (*objektive Möglichkeit)*, propondo uma abordagem generalizante de caso concreto: o decisivo é identificar se a condição é genericamente apropriada para produzir um resultado da mesma espécie do ocorrido (há responsabilidade) ou se o nexo existente entre ambos os eventos repousa exclusivamente na individualidade do caso concreto (não há responsabilidade)" (REINIG, Guilherme Henrique Lima. *A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 18. Ano 6, p. 215-248. São Paulo: RT, jan.-mar.2019, p. 229).

56 BRASIL. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141646>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

57 O ordenamento jurídico brasileiro prevê a reparação integral do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil. Portanto, a omissão da norma deixa brecha para discussões quanto à natureza da indenização concedida.

58 O presente tópico foi parcialmente desenvolvido com base no texto desenvolvido por um

Diversas e relevantes questões têm sido postas sob debate no que toca às consequências por atos diretos praticados pela Administração Pública com o desiderato de coibir a disseminação da Covid-19. Pouco se tem discutido, no entanto, acerca da influência exercida por comportamentos e falas de autoridades públicas que acabam por gerar efeitos desastrosos na população. Faz-se necessário, nessa toada, verticalizar a análise jurídica de alguns casos que podem vir, em curto espaço de tempo, a efetivamente ocupar o Judiciário, sem que as bases teóricas fundamentais à resolução dessas demandas tenham sido discutidas a contento.

Intenta-se, nesse tópico, tratar da hipótese de responsabilidade por causalidade psíquica[59]. Tem-se assistido a uma profusão de notícias na mídia informando que alguns agentes ocupantes de elevados cargos políticos, bem assim empresários e influenciadores da opinião pública, reiteradamente, e à revelia das recomendações científicas e médicas, acabam por recomendar à população, seja através de discursos, seja por comportamentos, um maior contato social. Os argumentos variam desde a não gravidade da doença, até mesmo à advertência acerca das consequências econômicas devastadoras do isolamento.

Questiona-se, portanto, se seria possível a responsabilização de tais indivíduos pela não observância, por parte da população, das recomendações médicas, ocasionando a proliferação do vírus, bem como a morte de pessoas que, influenciadas por tais discursos, tiveram a vida ceifada por terem mantido intenso contato social durante a disseminação viral. Trata-se de problemática que merece maior atenção da doutrina, eis que os atos mediados por influência psicológica, ainda que tenham sido alvo de estudo no direito estrangeiro, não constituem, até o momento, objeto de análise mais aprofundada no seio da literatura jurídica nacional.

Para ilustrar a questão da causalidade psíquica, em casos envolvendo discursos ou recomendações de autoridades, políticas ou médicas, traz-se à baila o rumoroso caso do terremoto ocorrido na cidade de L'Aquila, capital de Abruzzo, cidade assentada em uma das áreas de maior sismicidade da península itálica.

É sabido que a região tem sido sacudida, durante sua história, por diversos

dos autores: DANTAS BISNETO, Cícero. Responsabilidade civil de autoridades públicas que levam a tragédias. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/cicero-bisneto-responsabilidade-civil-autoridades-publicas>. Acesso em: 01 de jun. De 2020.

59 A peculiaridade da causalidade psíquica, muitas vezes denominada pela doutrina alemã de causalidade mediada psiquicamente (*psychisch vermittelte Kausalität*) (*LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. Schadenersatz. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 131), tem por nota característica a influência mental que um primeiro ator exerce em um segundo, sem que tal fenômeno possa ser cientificamente comprovado através de leis naturais (ZHANG, Mia. Aktiv psychische Kausalität im Deliksrecht. Berlim:* Duncker & Humblot, 2016, p. 14). A causalidade mediada psiquicamente distingue-se do *"choque nervoso"* (*Schockschaden*), no direito civil alemão, pois nesta última hipótese não há que falar em ato voluntário do lesado ou de um terceiro participante, mas de uma reação involuntária daquele que sofre a lesão nervosa (WALDKIRCH, Conrad. *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p. 376).

eventos telúricos, sendo que o primeiro tremor de terra que se tem notícia data de 03 de dezembro de 1315. Outros tantos terremotos se seguiram a este, destacando-se o abalo sísmico ocorrido em 1703, em que mais de 3 mil pessoas perderam a vida e diversas construções da cidade, dentre elas as igrejas, ruíram. Tendo em vista o abandono em massa da cidade, o Papa Clemente XI resolveu enviar padres e freiras com o fim de repovoar a região. O terremoto de maior repercussão, no entanto, deu-se nos idos de 1786, ocasião em que nada menos que 6 mil pessoas pereceram.

Em termos jurídicos, contudo, adquiriu relevo o sismo de L´Aquila, de magnitude 6,3 graus na escala de Richter, ocorrido em 06 de abril de 2009, às 03:32 horas, data em que 309 pessoas perderam a vida, além de terem sido registrados 1.600 feridos. Quase 100.000 pessoas tiveram ainda que deixar às pressas o centro histórico[60]. A Itália recordou nesta segunda-feira, 06 de abril de 2020, o aniversário de 11 anos do terremoto que devastou a cidade. A tradicional procissão em homenagem às vítimas da tragédia não ocorreu este ano, em virtude da pandemia do coronavírus. Janelas e varandas das casas na localidade, contudo, permaneceram iluminadas durante a madrugada[61].

Cumpre registrar que o abalo principal ocorreu em um contexto de instabilidade sísmica que já durava vários meses, principiando em junho de 2008. Antes da fatídica data (06.04.2009), já havia sido registrado um choque de 4,1 graus, às 15:38 horas do dia 30 de março de 2009. No dia seguinte ao abalo de maior magnitude, em 31.03.09, foi convocada uma reunião pelo Chefe do Departamento da Proteção Civil, Guido Bertolaso, em L'Aquila, com o objetivo de fornecer aos cidadãos de Abruzzo toda a informação à disposição da comunidade científica sobre a atividade sísmica das últimas semanas. A Comissão de Grandes Riscos teria, no entanto, segundo a versão da acusação criminal, emitido mensagens tranquilizadoras para a população, ao não recomendar que os populares abandonassem suas casas[62], não obstante mais de 400 tremores terem sacudido a região por mais de 4 meses.

60 BILLI, Marco. *La causalità psichica nei reati colposi*: Il caso del processo alla Comissione Grandi Rischi. Roma: Aracne, 2017, p. 11.

61 O cardeal de L'Aquila, Giuseppe Petrocchi, afirmou que o "alerta do coronavírus não conseguirá silenciar a memória do trágico sismo de 2009" e que "a cidade confiará sua voz às 309 badaladas do sino que, à noite, lembrará de cada uma das vítimas do terremoto. Essas batidas, longas e solenes, pretendem abraçar com seu eco também a dor de todas as famílias que perderam seus entes queridos, perdidos em circunstâncias difíceis, também por causa do contágio". Sobre as homenagens às vítimas, cf. notícia publicada em: <https://istoe.com.br/sismo-de-laquila-completa-11-anos-com-homenagem-silenciosa/>. Acesso em: 07 abr. de 2020.

62 "Thus, after the meeting, local media started to broadcast those committee members declarations, recorded both before and during the meeting. For example, one of the six expert attendees, Enzo Boschi, was asked during the meeting if the current seismic swarm could be a precursor to a major quake like the one that levelled L'Aquila in 1703. He answered: 'It´s unlike that an earthquake like the one in 1703 could occur in a short term, but this possibility cannot be totally excluded'" (O'MATHÚNA, Dónal P.; BERIAIN, Iñigo de Miguel (Eds.). Ethics and law for chemical, biological, radiological, nuclear &

Foi proposta ação penal relativamente a 42 vítimas (37 mortos e 5 feridos). Isto porque, de acordo com a acusação, só em relação a estas pessoas lesadas é que o nexo de causalidade entre a conduta denunciada aos arguidos e a opção de permanecer em casa à noite entre 5.4.09 e 6.4.09 foi verificada. No resultado da primeira instância, o Tribunal de L'Aquila, em sentença proferida em 22.10.2012[63], declarou os réus culpados dos crimes que lhes foram imputados, em relação a 33 pessoas (29 mortos e 4 feridos), condenando-os ainda ao pagamento de indenização por perdas e danos a favor de algumas das partes no processo civil em curso, conjuntamente e a título solidário.

O Tribunal de Recurso de L'Aquila reformou parcialmente a decisão de primeiro grau[64], alegando que nem todos os membros da Comissão de Grandes Riscos poderiam ser responsabilizados, e confirmou apenas a condenação do Vice-Presidente de Proteção Civil, Bernardo de Bernardinis, autor de uma polêmica entrevista na televisão, cujo conteúdo foi considerado, mesmo em segunda instância, indevidamente tranquilizador[65]. O Tribunal de Cassação, na sentença n°. 12478/16, de 19 de novembro de 2015, negou provimento aos recursos de Bernardo De Bernardinis e confirmou a sentença de segundo grau[66].

A Corte de Cassação considerou um nexo de causalidade psíquico entre a comunicação externada e a decisão dos cidadãos de L'Aquila de permanecer em suas casas. A escolha condicionada das vítimas, portanto, representa o chamado evento psíquico que determina o evento naturalista da morte ou lesão. Para tanto, a Corte estabeleceu um método de avaliação da causalidade psíquica, não muito diferente da causalidade naturalista, a fim de fornecer uma explicação adequada da influência exercida pelo estímulo psíquico no processo causal do evento, utilizando como parâmetro as máximas de experiência da comunidade[67].

---

explosive crises. Cham: Springer, 2019, p. 216).

63 *Sentenza n*. 380/12, proferida no âmbito do processo penal n. 448/II R.G.Dib.

64 *Sentenza n.* 3317/14, proferida no âmbito do processo penal n. 2583/13 R. G. App, na data de 10 de novembro de 2014.

65 Entrevistado, Bernardo de Bernadinis afirmou: "The scientific community continues to assure me that (...) it´s a favorable situation (…), because of the continuous discharge of energy (…) the situation looks favorable" (O'MATHÚNA, Dónal P.; BERIAIN, Iñigo de Miguel (Eds.). Ethics and law for chemical, biological, radiological, nuclear & explosive crises. Cham: Springer, 2019, p. 216). A entrevista pode ser conferida em <https://www.youtube.com/watch?v=kLIMHe0NnW8>. Acesso em: 05 abr. de 2020.

66 O julgamento foi proferido pela quarta Seção Penal, sob a presidência de Fausto Izzo, tendo ainda participado da sessão Patrizia Piccialli, Salvatore Dovere, Andrea Montagni e Marco Dell' Ultri.

67 Confira-se trecho do julgado, em tradução livre: "*A chamada causalidade psíquica, enquanto se coloca em termos completamente peculiares, com relação às formas tradicionais de causalidade relacionadas aos fenômenos de natureza físico-naturalista (...), não fogem, para fins de julgamento criminal, à necessidade de pesquisa prévia de possíveis generalizações explicativas de ações individuais, com base em máximas consolidadas e verificáveis de experiência, capazes de selecionar ex ante os comportamentos condicionantes (social ou culturalmente tipificáveis), a serem subsequentemente submetidos à avaliação causal ex post*"

Restou reconhecida, nesse caso, a existência de um nexo de causalidade psíquico, diverso da tradicional causalidade física ou mecânica, comprovável por meios tecnicamente seguros. A doutrina alemã há muito vem debatendo situações semelhantes, à luz do § 823, I, do BGB, tendo sido elaborados critérios de imputação específicos, como a fórmula do desafio (*Herausforderungsformel*)[68], embora o tema seja controvertido em sede doutrinária e jurisprudencial.

Partindo-se do pressuposto da existência de uma causalidade psíquica, pode-se indagar se os indivíduos que estimulam um comportamento desviante dos padrões técnicos e científicos adotados internacionalmente podem ser responsabilizados civilmente pela disseminação do coronavírus em determinado seio comunitário ou relativamente a certos e específicos indivíduos. A influência de certo ocupante de cargo público, por exemplo, na psique individual ou no comportamento coletivo pode gerar a sua responsabilização pelos danos daí decorrentes?

Um determinado segmento doutrinário parece negar tal vínculo psicológico, evidenciando a preeminência do livre arbítrio do indivíduo[69]. Sustenta-se, neste ponto, que a autodeterminação pessoal[70] é ontologicamente capaz de eliminar completamente a incidência de uma psique na outra[71], interrompendo qualquer conexão de condicionamento[72]. Segue-se que uma conduta comunicativa, com o objetivo de influenciar o comportamento de outras pessoas, nunca poderia realmente ser definida como a causa desta.

Em que pese o livre arbítrio do indivíduo pareça efetivamente ocupar papel de destaque no comportamento adotado, figurando como exceção a hipótese de responsabilização, certas peculiaridades do caso concreto, tal como a relevância do cargo ocupado pelo comunicante[73] e o grau de incitação praticado, podem aca-

68 Uma visão crítica sobre o critério do desafio pode ser encontrada em: ZIMMERMANN, Reinhard. *Herausforderungsformel* und Haftung für fremde Willensbetätigung bei § 823 I BGB. *Juristenzeitung*, 1980, 10 ff.

69 Sustenta-se que, em regra, o lesado deve suportar todos os prejuízos negativos aos seus interesses legais. Forst menciona mesmo um princípio de autorresponsabilidade (*Selbstverantwortungsprinzip*) (FORST, Stephan Philipp. *Grenzen deliktischer haftung bei psychisch vermittelter haftungsbegründender kausalität*. München: WF, 2000, p. 124).

70 "A responsabilidade civil representa um desvio à velha máxima do *casum sentit dominus*. As justificações desta não deverão ser ignoradas, tanto considerando a liberdade e auto-responsabilidade dos sujeitos, além da igualdade nessa condição, como ainda a praticabilidade" (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Direito civil, responsabilidade civil*: o método do caso. Coimbra: Almedina, 2010, p. 60).

71 "*Another point concerns our expectations concerning individuals. We conceive them as independent persons able to determine with more or less freedom their acts. We expect them to resist undue influences from outside*" (ZIMMERMANN, Reinhard; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; WINIGER, Bénédict (Eds.). *Essential cases on natural causation.* Wien, NewYor: Springer, 2007, p. 253)

72 Deustch e Ahrens entendem que, numa cadeia causal, uma intervenção externa seja tão significativa que a responsabilidade só aí possa ser estabelecida (DEUTSCH, Erwin; AHRENS, Hans-Jürgen. *Deliksrecht*. 6. Auflage. München: Franz Vahlen, 2014, p. 30).

73 Alguns estudos, por exemplo, apontam para uma relação entre o comportamento e falas do Chefe do Poder Executivo Federal e o número de mortos por Covid-19 no Brasil. A propósito, cf: OSWALD, Vivian. Covid-19: estudo liga comportamento de Bolsonaro a 10% dos casos e mortes no Bra-

bar por ensejar a responsabilidade civil daquele que estimula ou encoraja determinada conduta sabidamente prejudicial à saúde ou integridade física de terceiros. Certo é que, em muitos países, a causalidade psíquica é acolhida, embora nem sempre os julgados adentrem o mérito da questão[74].

Uma vez fixada a responsabilidade pela comunicação da recomendação indevida, deve-se analisar ainda a aplicação do disposto no art. 945 do Código Civil de 2002, que trata da concorrência de culpas. A doutrina majoritária, como já afirmado, entende que a "culpa da vítima" constituiria uma questão meramente causal[75]. Há de se questionar, nesse ponto, se aquele que descumpriu as regras do isolamento, embora influenciado por terceiro, deveria arcar com parte dos prejuízos suportados. Uma análise preambular da problemática parece indicar que a resposta a esta pergunta é afirmativa. A incitação e o encorajamento dificilmente aniquilarão por completo a vontade do lesado, de forma que não parece acertado que a imputação da responsabilidade recaía integralmente sobre o agente infrator.

As problematizações ora expostas de forma breve merecem maior aprofundamento, visto que a temática desperta apaixonados e controversos debates no direito estrangeiro, embora ainda não tenham sido enfrentados com profundidade pela doutrina nacional. No entanto, é possível concluir que, se aquele que incita ou induz o comportamento danoso da vítima é agente público, a depender do caso concreto, cabível a incidência da responsabilidade civil do Estado, ainda que mitigada pela contribuição causal da vítima, reservado ao Estado o direito de regresso contra o causador direto do dano por indução ou incitação (CF, art. 37, § 6º, CF-88).

CONCLUSÃO

Em vista do que foi analisado nos tópicos acima, é possível concluir que,

---

sil. *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/covid-19-estudo-liga-comportamento-de-bolsonaro-10-dos-casos-mortes-no-brasil-24409253>. Acesso em: 01 jul. de 2020; CERIONI, Clara. "Palavras importam": estudo revela como Bolsonaro prejudicou isolamento. *Revista Exame*. Disponível em: <https://exame.com/brasil/as-palavras-importam-estudo-revela-como-bolsonaro-prejudicou-isolamento/>. Acesso em: 01 jul. 2020. Nos EUA, após o Presidente Donald Trump alegar que a ingestão de desinfetantes poderia curar a Covid-19, o centro de controle de envenenamento de Nova York registrou 30 chamadas relacionadas ao produto nas 18 horas seguintes à sugestão, mais que o dobro em relação ao mesmo período no ano anterior, quando apenas 13 casos foram registrados (Casos de intoxicação por desinfetante crescem em NY após sugestão de Trump. *Revista Veja*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/casos-de-intoxicacao-por-desinfetante-crescem-em-ny-apos-sugestao-de-trump/>. Acesso em 02 de jul. de 2020.

74 ZIMMERMANN, Reinhard; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; WINIGER, Bénédict (Eds.). *Essential cases on natural causation.* Wien, NewYor: Springer, 2007, p. 253.

75 Neste sentido o já citado enunciado 630 do CJF. Em sentido contrário, posicionando-se no sentido de que a análise da mencionada norma não envolve apenas um problema causal, devendo ser levado também em conta a culpa do ofendido, cf.: DIAS, Daniel. A chamada "culpa da vítima" é mesmo um problema apenas de causalidade? *Revista Consultor Jurídico.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/direito-civil-atual-culpa-vitima-mesmo-problema-apenas-causalidade#_ftn6>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

em seu estágio atual de evolução, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, pautada na teoria do risco administrativo, tanto pelos atos comissivos praticados, quanto pelas omissões da Administração Pública. Não adotada a teoria do risco integral, o Estado não pode ser alçado à condição de segurador universal, mas responde objetivamente pelos danos relacionados à atividade administrativa.

Todos os efeitos da pandemia da Covid-19 não podem ser imputados aos comportamentos ou omissões adotados pelo Estado brasileiro, visto tratar-se de fenômeno natural, imprevisível e de consequências muitas vezes inevitáveis. Porém, o advento da pandemia constitui cenário que enseja a adoção de medidas de enfrentamento, que podem resultar em danos para os particulares.

Os casos de insuficiência de leitos, de equipamentos e de insumos médicos, bem como os de ineficiência do atendimento prestado às vítimas do coronavírus, podem ensejar, a depender do caso concreto posto sob discussão, a responsabilidade civil do Estado por omissão, mesmo porque, em se tratando de direito à saúde, o Estado tem dever legal e constitucional de fornecer atendimento igualitário e universal.

Algo mais complexa é a postura ostensiva de agentes públicos contra as orientações emanadas das autoridades sanitárias nacionais e internacionais, com a indução e incitação da população a comportamentos danosos para si e para a coletividade. Nestes casos, há extrema dificuldade de se estabelecer o dano e sua extensão, bem como o nexo de causalidade entre a lesão e a postura dos agentes públicos. Em todo caso, uma vez comprovado o dano individual ou coletivo e sua relação causal com a incitação promovida pelo agente público, caracteriza-se o dever estatal de indenizar, reservado o direito de regresso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**, v. IV: La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999.

AMOS, Andrew. **The English Constitution in the Reign of King Charles the Second**. Cambridge: Cambridge University Press, 1857.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **A causalidade na responsabilidade civil do Estado**. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 2, 2020, p. 388-437.

BILLI, Marco. **La causalità psichica nei reati colposi**: Il caso del processo

alla Comissione Grandi Rischi. Roma: Aracne, 2017.

BOCCHINI, Bruno. Coronavírus: pesquisa mostra que 50% dos médicos acusam falta de EPI. Publicado em 28/04/2020. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/coronavirus-pesquisa-mostra-que-50-dos-medicos-acusam-falta-de-epi>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Coronavírus e deveres estatais**: O perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson e DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil:* Impactos contratuais e extracontratuiais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. ver, amp e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson; e FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALVO COSTA, Carlos Alberto. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara e LEMOS, Lívia Oliveira. Coronavírus, direito à saúde e danos extrapatrimoniais: Qual a correlação? In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson e DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil**: Impactos contratuais e extracontratuiais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CERIONI, Clara. "Palavras importam": estudo revela como Bolsonaro prejudicou isolamento. **Revista Exame**. Disponível em: <https://exame.com/brasil/as-palavras-importam-estudo-revela-como-bolsonaro-prejudicou-isolamento/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Ed. Renovar, 2005.

DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral**: Uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

DANTAS BISNETO, Cícero. Responsabilidade civil de autoridades públicas que levam a tragédias. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/cicero-bisneto-responsabilidade-civil-autoridades-publicas>. Acesso em: 01 de jun. De 2020.

DAVID, Tiago Bitencourt. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 17. Ano 5. P. 87-104: Ed. RT, out.-dez. 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEUTSCH, Erwin; AHRENS, Hans-Jürgen. **Deliksrecht**. 6. Auflag*e*. München: Franz Vahlen, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, Daniel. A chamada "culpa da vítima" é mesmo um problema apenas de causalidade? **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/direito-civil-atual-culpa-vitima-mesmo-problema-apenas-causalidade#_ftn6>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II.

DÍEZ-PICAZO, Luís. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 2005. v. 7: Responsabilidade civil.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3: responsabilidade civil.

FORST, Stephan Philipp. **Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch vermittelter haftungsbegründender Kausalität**. München: WF, 2000.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil**: o método do caso. Coimbra: Almedina, 2010.

GABARDO, Emerson, HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello, et al. **Responsabilidade civil do estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

INFANTINO, Marta; ZERVOGIANNI, Eleni. **Unravelling Causation in European Tort Laws**. Rabelz Zeitschrift, p. 647-673, n. 83, 2019.

JUAREZ FREITAS. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**: allgemeiner Teil. 14. Auflage, v. 1. München: Beck, 1987.

LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Schadenersatz**. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Responsabilidade civil do Estado legislador**. São Paulo: Almedina, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. **Revista dos Tribunais** – RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 812, p. 75-99, jun./2003.

MARZOCHI, Keyla, GADELHA, Paulo, LIMA, Milton Moura, et al. *Dengue no Brasil: História, ciências, saúde.* Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59701998000100012>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MELO, Diego L. Machado de. **Culpa extracontratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MESA, Marcelo J. López. **Presupuestos de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

MIRAGEM, Bruno Nubens Baborsa. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

NIEBAUM, Gerd. **Die Deliktiche Haftung für fremde Willenbetätigung**. Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

O'MATHÚNA, Dónal P.; BERIAIN, Iñigo de Miguel (Eds.). **Ethics and law for chemical, biological, radiological, nuclear & explosive crises**. Cham: Springer, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Rolling updates on coronavirus desease (Covid-19).* Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

OSWALD, Vivian. Covid-19: estudo liga comportamento de Bolsonaro a 10% dos casos e mortes no Brasil. **O Globo**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/covid-19-estudo-liga-comportamento-de-bolsonaro-10-dos-

-casos-mortes-no-brasil-24409253>. Acesso em: 01 jul. de 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos: Faute du Service e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 18. Ano 6. p. 215-248. São Paulo: RT, jan.-mar.2019.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **O problema da causalidade na responsabilidade civil**: a teoria do escopo da de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e a sua aplicabilidade no direito civil brasileiro. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade civil sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1962.

SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SPEAKE, Jennifer. **Oxford Dictionary of Proverbs**. 6 ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

STJ. AREsp. 1507473/SP. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento 02/03/2020. Data de Publicação: DJE 04/03/2020.

STJ. Resp nº 1.133.257. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento:29/10/2009. Data de Publicação: DJe 02/02/2010.

STJ. Resp nº 1.299.900/RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento: 03/03/2015. Disponibilização em DJE 13/03/2015.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

TOLEDO, de Giuliana; ALTINO, Lucas; e HERDY, Thiago. Estados já enfrentam falta de leitos de UTI para covid-19. **O Globo**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/estados-ja-enfrentam-falta-de-leitos-de-uti-para-covid-19-1-24382684>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed., 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Les conditions de la responsabilité**. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013.

WALDKIRCH, Conrad. **Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

ZANCANER, Weida. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, 1982.

ZHANG, Mia. **Aktiv psychische Kausalität im Deliksrecht**. Berlim: Duncker & Humblot, 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; WINIGER, Bénédict (Eds.). **Essential cases on natural causation**. Wien, NewYor: Springer, 2007.

3

A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Christianne Kandyce Gomes Ferreira de Mendonça
Advogada, presidente da Comissão de Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – subsecional Mossoró/RN
Pós-graduação *strict sensu* em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributarios (IBET)
Mestranda em Direito Tributário pelo IBET
Professora do IBET e membro do Tribunal Administrativo de Tributos Municipais (TATIM)

Lucas de Britto Galvão
Graduação em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)
Professor conferencista nos cursos de especialização em direito tributário do IBET e do COGEAE-PUC/SP

RESUMO: Este trabalho objetiva firmar a relevância da expressão "Fontes do Direito" à luz do constructivismo lógico-semântico. Assim, partindo da premissa que o direito positivo é linguagem, retrocederemos às origens do Direito, onde faremos uma análise mais detida dos diferentes conceitos de fontes do direito na doutrina jurídica e examinaremos a atividade de produção da norma, visando assim compreender o ato da enunciação e quais são os veículos introdutores das normas jurídicas. A partir daí elucidaremos o conceito do termo precedente judicial, ferramenta que visa alcançar a segurança jurídica, afim de analisar se este seria uma das "fontes do direito". Além disso examinaremos se um precedente judicial, possui o condão de inserir no sistema jurídico uma nova norma geral e abstrata a partir da análise de um caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes do Direito. Constructivismo Lógico-Semântico. Linguagem. Veículo Introdutor. Normas Juridícas. Precedentes Judiciais.

INTRODUÇÃO

Em meio a grandes modificações em nosso sistema jurídico, caracterizadas pela (in)segurança jurídica, na era da hegemonia normativa dos precedentes, antes aderentes ao *Civil Law*, e hoje, adeptos a algumas características do *Common Law*, se faz necessária a seguinte análise: Seriam os precedentes fontes do Direito? Teriam os precedentes judiciais o condão de introduzir no sistema do Direito Positivo uma nova norma geral e abstrata?

Antes de alcançarmos as repostas para tais questionamentos, analisaremos a expressão Fontes do Direito, a fim de obter embasamentos para melhor compreender a matéria abordada.

A doutrina jurídica clássica, em sua maioria, considera como fontes do Direito a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes, subordinam com esta abordagem a ideia de que o "direito cria o direito".

O direito, embasando-se no princípio constitucional da estrita legalidade, art. 150, inciso I, da Constituição Federal, considera, quase que de forma unânime, ser a lei a fonte única e exclusiva deste direito[1].

Com outra acepção, a escola do Constructivismo lógico-semântico, capitaneada pelo professor Paulo de Barros Carvalho, adepta aos critérios de sistematicidade, parte da premissa de que, a expressão fontes do direito diz respeito aos focos ejetores das regras jurídicas, ou seja, aos órgãos credenciados pelo direito positivo que produzem normas de forma escalonada, bem como a própria atividade elaborada por esses órgãos[2]. Segundo o professor, garantir que a fonte do direito é o próprio direito deixa sem explicação a origem da primeira norma.

Percebe-se então, que existem diversas concepções do termo fontes do direito, de modo que, com as linhas que seguem, pretende-se compreender a expressão fontes do direito, analisar se os precedentes provêm de uma atividade produtora de enunciados, bem como investigar a utilização destes como norma jurídica.

Portanto, o convite à reflexão acerca do tema fontes do direito, juntamente com a análise do tema de precedentes judiciais, está feito.

1. FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Não faria sentindo abordar o estudo sobre fontes do direito e não definir o sentido das expressões "fontes" e "direito".

1 REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.11.

1 TAREK, Moysés Moussalem. Fontes do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 107.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015. p. 436.

A locução "Fonte do Direito" é utilizada para caracterizar, de forma metafórica, o ponto de partida do Direito, ou seja, sua origem, no entanto, o significado desta expressão pode sofrer alteração de acordo com a ciência que a examina.

A fim de propor um corte metodológico neste trabalho, realizar-se-á uma análise jurídica do direito, o que excluirá qualquer modo de produção que não possua origem jurídica, voltada às regras que integram o sistema do direito positivo.

O termo direito, é uma palavra com inúmeras significações, sendo utilizado em diversos contextos, contudo trabalharemos com o conceito deste termo sempre com a ideia de direito como conjunto e sistema.

Utilizaremos a definição do professor Paulo de Barros Carvalho, o qual discorre que "direito é o conjunto de todas as normas jurídicas válidas num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, interrelacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador [...]"[3], ou seja, o direito é um conjunto de normas válidas em determinado tempo e espaço.

Pois bem, definir a expressão "fontes do direito" é apenas o primeiro passo para adentrarmos no mundo fenomênico da origem das normas válidas num dado país, ou seja, do Direito, a partir daí precisaremos compreender como o sistema do direito positivo se movimenta para produzir seu conjunto de normas jurídicas válidas, e como estas unidades de produção adentram no sistema.

É nesta etapa que o intérprete deverá redobrar sua atenção, outorgando mais firmeza e sentindo ao tema, pois nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho:

> [...] quando o desempenho do raciocínio começa a ficar difícil; quando o autor encontra obstáculos discursivo de transposição duvidosa, um dos primeiros impulsos de nossa mente é lançar mão desse recurso argumentativo, pois se trata de instância inexorável, já que a não retórica é retórica também[4].

Portanto, o intérprete não deve se deixar levar pela simples conclusão de que, as leis, os costumes, a doutrina e a jurisprudência, são as fontes do direito, pois se assim fizer, permitirá que um fato extrajurídico ingresse no ordenamento jurídico.

1.1. DA NOÇÃO DE FONTES DO DIREITO À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

3 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o Constructivismo Lógico-Semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Editora Noeses, 2014. p. 4. v. I.

Com intuito de resolver o problema de quais seriam as fontes do direito, a doutrina tradicional tendenciosamente entende ter superado este tema, trazendo as leis, doutrina, os costumes e a jurisprudência como "fontes do direito".

No entanto, esta visão acaba por mascarar toda estrutura que envolve a produção das normas jurídicas, prejudicando assim a compreensão do estudioso.

Em contramão deste entendimento, o Constructivismo Lógico-Semântico, método que pode ser utilizado para obter conhecimento de qualquer objeto, visando apurar a clareza do pensamento, acolhe o ensinamento segundo o qual "não haverá ciência ali onde a linguagem for solta e descomprometida".

Este método parte "da premissa que a relatividade do saber não admite definições terminativas, fortes o suficiente para conduzir o intérprete por espaços seguros e inequívocos"[5], entendendo que "o significado da expressão fontes do direito implica refletirmos sobre a circunstância de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo, sem que seja introduzida por outra norma, que chamaremos, daqui avante, de veículo introdutor de normas"[6].

Lourival Vilanova[7], ensina com rigor que:

> O que denominamos "fontes do direito" são os fatos júridicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipótes fácticas, dando em resultado normas de certa hieraquia. Assim, as normas, potencialmente incidentes sobre a classe de fatos que delinearam, resultam de fatos que, por sua vez, são qualificados como fatos jurídicos por outras normas do sistema.

Entende-se que os fatos narrados por Lourival Vilanova, são os fatos da enunciação, ou seja, o processo de produção dos enunciados elaborados pelos orgãos competentes.

Paulo de Barros Carvalho[8], nos ajuda a compreender a fenomenologia jurídica das fontes do direito, através da tese a seguir desmonstrada:

> Por *fontes do direito* havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os orgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por esses entes, tendo em vista a criação de normas. Significa dizer, por outros torneios, que não basta a exis-

5 CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Editora Noeses, 2018, p. 3. v. II.

6 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: NOESES, 2017. p. 73.

7 VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 24.

8 CARVALHO, 2017, op. cit., loc. cit.

> tência do orgão, devidamente constituído, torna-se necessária sua atividade segundo as regras aqui previstas no ordenamento. E orgão credenciado para legislar, entrando em movimentação, dá ensejo ao acontecimento de um facto. Eis a fonte que pronama o Direito.

Pois bem, prossegue o professor Paulo de Barros Carvalho[9]:

> [...] nos limites desta proposta, as fontes do direito serão os acontecimentos do mundo social, juridicizados por regras do sistema credenciados para produzir normas jurídicas que introduzam no ordenamento outras normas, gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas.

Desta forma, seguindo a esteira de ensinamentos do supracitado jurista, entende-se que o exame das fontes do direito está intrisecamente ligado ao exame dos fatos enquanto enunciação, e que "afirmar ser a lei fonte do direito positivo não significa mais do que postular que normas criam normas, direito cria direito, numa proposição evidentemente circular, que deixa o primeiro termo como resíduo inexplicado"[10].

No tocante à divisão das fontes em formais e fontes materiais, entende-se que as fontes do direito positivo, são as materiais, enquanto processo de enunciação, ou seja, os atos da fala[11], onde os acontecimentos da realidade social, qualificados em uma hipótese de norma válida do sistema, são aptos a criar normas jurídicas, mantendo em movimento o sistema jurídico.

Quanto às fontes formais, consideradas pela doutrina como regras de produção, conforme posicionamento firmado nesta pesquisa, não conseguimos vislumbrar como fonte do direito o que já é direito, pois assim, estaríamos afirmando que normas criam normas, por isso, optamos por preferir a expressão veículo introdutor de normas jurídicas à fonte formal.

Observa-se, desta forma, que a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes, são o resultado dos exercícios dos orgãos legiferantes, não podendo ser considerados a própria fonte do direito.

Portanto, partindo da análise de fatos, tomados na qualidade da enunciação, os quais fazem nascer normas jurídicas e formarão o território das fontes do direito, verifica-se que existe uma atividade produtora de enunciados que é

9 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2017. p. 74.

10 CARVALHO, op. cit., p. 77.

11 SIMÕES, Argos Compos Ribeiro. Entre a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado: uma questão temporal. In: CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 101. v. III.

anterior ao próprio enunciado, e é esta atividade não jurídica que esmiuçaremos a seguir.

2. DA ATIVIDADE DE ENUNCIAÇÃO COMO FONTE DO DIREITO E O PAPEL DA LINGUAGEM

Partindo da argumentação de que o direito positivo é um conjunto de linguagem materializado no formato de enunciados prescretivos, se faz necessário destacar o papel da linguagem no processo de conhecimento, e para isso utilizaremos a dinâmica dos atos da fala, pela qual tentaremos distinguir as categorias linguísticas da enunciação, de enunciação-enunciada e do enunciado-enunciado.

Reforçando nosso posicionamento, Paulo de Barros Carvalho[12], torna claro que o direito positivo está vertido numa linguagem, e evidencia o quão importante é a linguagem no processo de alcançar o conhecimento:

> O "mundo da vida", com as alterações ocorridas no campo das experiências tangíveis, é submetido à nossa intuição sensível, naquele "casos de sensações"a que se referiu Kant. O que se sucede neste domínio e não é recolhido pela linguagem social não ingressa no plano chamado nós de "realidade", e ao mesmo tempo, tudo que dele faz parte encontra sua forma de expressão nas organizações linguísticas com que nos comunicamos; exatamente porque todo conhecimento é redutor de dificuldades, reduzir as complexidades do objeto da experiência é uma necessidade inafástavel para se obter o próprio conhecimento.

Para o ilustre professor, o homem figura como polo central de contrução de realidade jurídica ou não jurídica, elaborada a partir da contextura físico-material, e sem ele, seria impossível alcançar as instâncias cognitivas, pois o direito observado como linguagem, se não tiver os traços de conhecimento, não sobrevive.

A linguagem jurídica separa o mundo do direito e o mundo da realidade social, consequentemente, o fato jurídico nasce, através da aplicação do direito, sendo o resultado da incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social.[13]

O Constructivismo Lógico-Semântico, no estudo do tema Fontes do Direito, parte da premissa que o direito é prescretivo de condutas, como explica Lucas de Britto Galvão que "visto dessa maneira, o dado jurídico é manifestação

12 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015. p. 8.

13 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 686.

de processo comunicativo e, como tal, também pode ser examinado com auxílio de categorias das ciências da comunicação".[14] Para o jurista potiguar, o esforço do emissor para enviar uma mensagem denomina-se enunciação.

Isto posto, enxergando o objeto de estudos do direito posto como um fenômeno linguístico, adentrando-se à dinâmica dos atos de fala, conceituamos por enunciação a atividade humana de produzir enunciados.

José Luiz Fiorin, denomina o ato produtor do enunciado, ou seja, a atividade psicofísica produtora de enunciados, de enunciação[15].

Seguindo esta linha de raciocínio, Aurora Tomazini de Carvalho[16] discorre que:

> [...] Uma norma jurídica não é capaz de, por si só, criar outros enunciados prescritivos, mas apenas disciplinar o ato de enunciação que os produz. Os enunciados, que compõe o plano de expressão do direito positivo, suas proposições e as normas jurídicas com base neles construídas, só existem como tal porque alguém os enunciou, isto é, proferiu um ato de enunciação (criação de enunciados).

A mesma autora, quase que profetizando o momento que estamos vivendo, qual seja, a lamantável pandemia do COVID-19, traz um excelente exemplo de como se materializa a atividade da enunciação, na qual alguns parlamentares, diante de uma epidemia, e pretendendo tornar obrigatório o uso contínuo de máscaras, instauram um procedimento para a produção de uma norma (com observância nos dispositivos constitucionais), percorrendo todo o trâmite de produção das normas (com a devida publicação), tornaram obrigatório o uso da máscara para a toda população.[17]

Com este exemplo, observa-se que a enunciação revela-se através de um acontecimento de ordem social, somado a um ato de vontade humana, com a realização de um procedimento específico realizado por um agente compente.

Percebe-se que, sem o ato da vontade humana e a ausência do procedimento realizado pelos parlamentares, a norma supramencionada não seria inserida em nosso ordenamento jurídico.

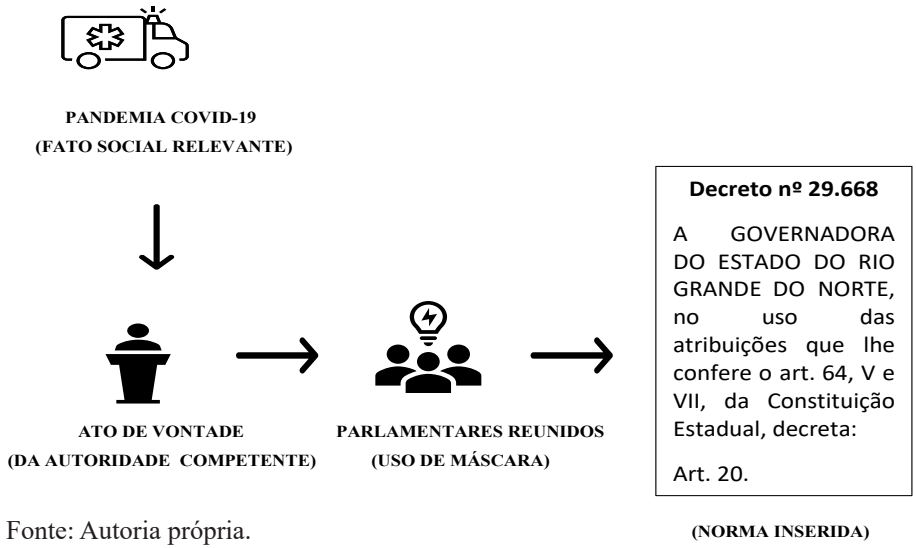
Por seu turno, temos os enunciados prescretivos criados pelas fontes do direito, como atos de fala, quais sejam, a enunciação-enunciada e o enunciado-

14 BRITTO, Lucas Galvão. Tributar na era da técnica: como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: [s.n.], 2018. p. 42.
15 FIORIN, José Luiz. As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002. p.31.
16 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 667.
17 Ibidem, p. 668.

-enunciado.

O esquema adiante representa bem a atividade de enunciação (legislativa), como fonte do direito:

Figura 1 – Representação da atividade de enunciação como fonte do direito



Fonte: Autoria própria.

A enunciação-enunciada são as marcas que nos remete à instância de enunciação, ou seja, revela as marcas de produção do texto, como por exemplo vejamos a norma introdutora de uma lei, esta conterá o número do processo legislativo que de origem a norma, o agente competente pela promulgação, o local, a data, e o canal de publicidade com a sua respectiva data de publicação. Todos esses dados compõe a enunciação-enunciada.

Já o enunciado-enunciado, também produto da enunciação, é constituído pelos demais enunciados que não nos remete às marcas de produção da enunciação, podendo ser normas jurídicas, gerais e abstratas, como também individuais e concretas e até mesmo individuais e abstratas.

Ponderação desse jaez nos permite afastar a ideia de que normas criam normas, e confirma que a enunciação é um evento, um acontecimento, pois sem o ato de vontade e sem o procedimento realizado pela autoridade competente, ou seja, sem o fato-enunciação, a imposição para que todos usem máscaras, não existiria no mundo jurídico.

Após a compreensão da atividade da enunciação, esmiuçaremos o ingres-

so "do produto da enunciação" por meio dos veículos introdutores de normas.

2.1. DOS VEÍCULOS INTRODUTORES DE NORMAS

Conseguimos identificar o veículo introdutor de norma, através da leitura atenta da enunciação-enunciada, pois como já exposto, a mesma retratará, através da linguagem, as marcas de produção da norma, construindo-se desta maneira na mente do intérprete, uma norma jurídica responsável pelo ingresso do enunciado-enunciado elaborado no sistema jurídico.

Com isto, e tomando como argumento que o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas válidas num determinado espaço e tempo, só podemos aceitar que uma norma jurídica ingresse no sistema do direito positivo, a partir de uma norma jurídica introdutora.

Tal veículo introdutor permite o ingresso de regras inaugurais no universo jurídico brasileiro, o qual o professor Paulo de Barros Carvalho designou de instrumentos primários, como por exemplo, as lei constitucional, instrumento primário e soberano, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, as medidas provisórias, o decreto-legislativo, e as resoluções[18].

Para o autor, os instrumentos secundários, que não apresentam força vinculante capaz de inserir uma nova norma no mundo jurídico-positivo, são todos os atos normativos que estão subordinados à lei, tais como, o decreto regulamentar, as circulares, as portarias e as instruções ministeriais.

Pois bem, tais explanações já nos permitem concluir que as normas nascem sempre aos pares, portanto, teremos sempre uma norma introdutora, que prescreve a introdução dos enunciados produzidos no ordenamento, a qual possui em seu antecedente o agente competente, espaço, o tempo e o procedimento a ser realizado na produção do processo normativo[19], e a norma introduzida.

Já as normas introduzidas, conforme explica o mestre nordestino, Lucas Galvão de Britto, "são aquelas construídas pela articulação dos enunciados-enunciados, podendo assumir a forma de normas gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas".[20]

Tarek Moussallem, ensina que, em seu veículo introdutor, a norma introdutora retratará o agente competente e o procedimento prescrito pelo ordenamento para a produção normativa, e em seu consequente, prescreverá a obrigação

18 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

19 CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 667.

20 BRITTO, Lucas Galvão. **Tributar na era da técnica:** Como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: Editora Noeses, 2018. p. 46.

de todos obedecerem às disposições inseridas pelo próprio veículo introdutor no sistema do direito positivo.

Nota-se, portanto, que norma introdutora é da espécie concreta e geral.[21] Concreta, porque contém em seu antecedente o fato juridíco composto pelo agente competente, mais a presença de um procedimento, firmado pela publicação, e geral, pelo fato de que em seu consequente é estabelecido uma relação jurídica de observância obrigatória.

O autor classifica os veículos introdutores conforme a norma jurídica, ou seja, conforme o agente credenciado pelo sistema capaz de alterar as estruturas do universo jurídico brasileiro.

Desse modo, para justificar racionalmanete o orgão credenciador de algumas normas, Tárek Moussallem, classifica os veículos introdutores em: veículos introdutores-legislativo, veículo introdutor-executivo, veículo introdutor-particular e o veículo introdutor-judiciário, composto de normas concretas e gerais expedidadas pelo poder judiciário.

Nesses termos, a fim de responder os questionamentos levantados no início desta pesquisa, trataremos de analisar a figura do veículo introdutor-judiciário a partir do ingresso de um precedente judicial no ordenamento jurídico, através deste examinaremos a possibilidade do "judiciário" inserir no direito positivo normas gerais e abstratas.

3. PRECEDENTE JUDICIAL – SUA CONCEITUALIZAÇÃO A PARTIR DO PROCESSO INTRODUTÓRIO DE FONTES DO DIREITO

No início desta pesquisa, uma reflexão fora lançada: Seriam os precedentes fontes do Direito?

Por tudo já exposto, entende-se que a única fonte do direito é a atividade de enunciação, contudo, antes de desviar o problema fontes do produto para o processo desse produto, conceitualizaremos o termo precedente, e sua análise sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, a fim de explicar o que aqui se pretende desenvolver.

Sabe-se que o sistema brasileiro jurídico, é predominantemente *Civil Low*, todavia, percebe-se que, diante das transformações no ordenamento jurídico nacional, como, por exemplo, a influência do sistema *Common Law*, é possível notar, principalmente na atuação do judiciário, e após o Código de Processo Civil de 2015, características marcantes do sistema jurídico derivado da Inglaterra me-

21 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p.127.

dieval.

Pois bem, o termo precedente é multiplamente vago e ambíguo, basta ser usado na função conotativa ou denotativa que padeçerá de tais características, apresentando assim objetos distintos.

Para efeito, Luis Guilherme Marinoni, esclarece que não se atinge o significado de precedente limitando-se a diferenciá-lo dos conceitos de decisão e súmula, de mais a mais se faz necessário considerar o conteúdo destes, e especialmente, em seu interior, verificar o posicionamento da Corte à respeito de dada questão jurídica[22].

"Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente", continua o autor[23]:

> [...] contudo, ambos não se confundem, só havendo sentindo falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

A partir da aludida conceituação, abordaremos a expressão precedente partindo da definição trilhada por Marinoni, para quem, precedente seria a primeira decisão que, por maioria, decidiria ou definitivamente deliniaria a questão de direito, e a mensagem normativa, contida nos fundamentos justificadores da decisão, servirá como orientação para outros casos compatíveis.

Nesse contexto, é possível afirmar que precedentes são teses jurídicas, desenvolvidas pelos tribunais superiores, por maioria, baseadas em fundamentações de determinados casos *(ratio decidendi),* que passam a ser aplicadas a casos que se amoldem ao quadro fáctico dos precedentes, que serão decididos posteriormente.

Não obstante, por existirem posicionamentos doutrinários que desabonem a função dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, não nos aprofundaremos sobre tais divergências no presente trabalho.

Partindo do sentido de decisão judicial, em sentido amplo, diferenciaremos os precedentes persuasivos dos precedentes vinculantes/obrigatórios. Estes, como o próprio nome declara, exigem observância obrigatória a determinados fundamentos justificadores que foram adotados em uma decisão que caracterizou-se como precedente, envolvendo diretamente, neste caso, a capacidade e a liberdade de produção de linguagem jurídica acerca de uma decisão que se enquadra nos quadros fáticos ou normativos da fundamentação dos precedentes[24].

22 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p.153.

23 MARINONI, *Ibdem*.

24 CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF:** Pragmá-

Assim, se o julgador possuir livre arbitrío para seguir os fundamentos dos precedentes, lhe será a atribuída a natureza de persuasivo, não possuindo, portanto, eficácia vinculante.

Em casos compatíveis, acaso o julgador não possua essa faculdade de seguir ou não o precedente, ou seja, os fundamentos de uma decisão não puderem ser ignorados, terá natureza obrigatória/vinculante, não havendo espaço para tergiversações, esta eficácia é direcionada a decisões proferidas nos procedimentos de recursos extraordinários, de recursos repetitivos, recursos especiais, nos casos de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Luiz Guilherme Marinoni discursa que os precendente constitucionais são dotados de eficácia obrigatória, não importando se há controle concentrado ou não, sendo que a eficácia deverá estar fundamentada nos motivos determinantes da decisão, na realidade, e que "ao contrário do que se poderia imaginar numa primeira análise, a eficácia vinculante tem maior importância para o controle difuso do que para o controle concentrado, já que, nesse último, ao menos a parte dispositiva da decisão possui eficácia geral".[25]

Feitas tais observações e voltando para o problema "fontes do direito", podemos afirmar que, os juízos/tribunais, a quem incube a função de uniformizar à aplicação do direito, ao firmar uma decisão, como precedente, ao nosso vê, estarão criando direito, como bem registra Tárek Moussallem[26]:

> Já assentamos que os juízes são órgãos ejetores de normas, pois aplicam o direito por meio do expediente da norma secundária. Como toda apliçação do direito é criação do direito e vice-versa, não resta outra saída senão afirmamos que os juizes criam direito. Ressalta-se que, quando falamos que aplicar é criar direito, estamos referindo-nos a atividade de aplicação (enunciação) e não o produto-aplicação (enunciado).

Quanto à observação do professor Tárek de que "os juízes são orgãos ejetores de normas, pois aplicam o direito por meio do expediente da norma secundária", tal enunciando será examinado em paralelo ao tema de precedentes judiciais.

Logo verifica-se que neste caso que, a atividade jurisdicional exercida pelos juizes é a "atividade de enunciação," e que precedente, nada mais é que o

tica da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Editora Noeses, 2018. p. 72.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p.153, 298.

26 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 151.

"documento normativo" posto no sistema pelo veículo introdutor (enunciação-enunciada).

Isto posto, questiona-se, teriam os precedentes judiciais (enunciados-enunciados) o condão de introduzir no sistema do Direito Positivo uma nova norma geral e abstrata?

3.1. PRECEDENTES JUDICIAIS E O NASCIMENTO DE UMA NOVA NORMA GERAL E ABSTRATA

Pois bem, em linhas anteriores tratamos de diferenciar precedentes vinculantes/obrigatórios dos precedentes persuasivos, justamento com intuito de nos aprofundarmos neste assunto, dentro deste subtópico, a fim de responder a indagação acima externada.

A respeito do precedente vinculante, pondera José Renato Camilotti[27] que:

> O caráter de observação compulsória e adoção de sua fundamentação para o caso em apreço pela autoridade julgadora, independentemente de concordância com sentido decisório, é pedra de toque de um sistema jurídico que adote a vinculação dos precedentes como uma das balizas de seu sistema de decisões.

Com efeito, a observação aos precedentes vinculantes, bem com a sua adoção, é absolutamente obrigatória, ainda que o julgador ou órgão judicial, a considere incorreta.

Para além da consistência teórica aqui apresentada, a vinculação de tais precedentes se deve a inovação trazida pelo legislador ordinário federal, no Código de Processo Civil - CPC/2015[28], artigo 489, mais precisamente nos incisos V e VI, do parágrafo 1º, destacados a seguir:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> V - 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

27 CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF:** Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Editora Noeses, 2018. p.76.

28 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. p. 73.

> caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Seguindo ainda as diretrizes do Novo Código de Processo Civil[29], tem-se o mandamento do artigo 927, impondo aos Juízes e Tribunais, a observância aos cinco incisos que ali vem discriminado. Observa-se, nos referidos incisos, que 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.

Tais artigos, causaram impacto no rumo do sistema de direito positivo, pois percebe-se que o legislador, ao exigir a fundamentação determinante para o uso do precedente ao caso concreto, acabou por criar uma nova regra de estrutura para as decisões judiciais, adotando, isto posto, um procedimento coercitivo.

Posto isto, e com o intuito de elucidar o questionamento trazido à baila neste item, achamos por bem abordar o conceito de "norma completa", baseado nos ensinamentos do jurista e mestre Paulo de Barros Carvalho[30], que explica:

> Na completude, as regras do direito têm feição dúplice: (i) norma primária (ou endonorma, na terminologia de Cossio), a que prescreve um deve, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; (ii) norma secundária (perinorma, segundo Cossio), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma prímaria.

Sopesando tal premissa, ainda quanto às normas, convém aqui também classificar as normas em quatro espécies, quais sejam: (i) normas gerais, (ii) individuais, (iii) abstratas e (iv) concretas.

29 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, ibdem, p. 140.
30 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. 10. ed. São Paulo: Saraivas, 2015. p. 36.

Nos dizeres de Aurora Tomazini, normas gerais são aquelas que, em seu consequente, não haverá individualização dos sujeitos da relação, já as normas individuais, contém em seu consequente, elementos que individualizam os sujeitos da relação; quanto às normas abstratas, a autora discorre que, normas abstratas serão aquelas que em seu antecedente, haverá a descrição de acontecimentos passíveis de ocorrência, e já as normas concretas, possuirá em seu antecedente um fato já ocorrido, um fato passado.[31]

Logo, retornando à linha de raciocínio que precedentes vinculantes são teses jurídicas, baseadas em fundamentações de determinados casos, aplicados a casos similares, que serão decididos posteriormente, entende-se que, as normas que se caracterizam como precedentes vinculativos, consolidados após a vigência do CPC/2015, por serem de observância obrigatória, possuem o condão de inserir no sistema jurídico, norma com status de geral e abstrata.

Esta norma será geral, pois não haverá sujeitos determinados, e abstrata, pelo fato que terá em seu antecedente, um enunciado hipotético descritivo de um fato, trata-se de um fato que ainda irá ocorrer. E se assim não for, caberá ao orgão julgador, fundamentar que o caso em questão não é similar, e não se encaixa nas características determinantes do precendente, a fim de não invalidar a sua decisão judicial.

Explica-se, o Recurso Extraordinário - RE 574.706[32] (precedente vinculante), fixou em sua decisão judicial que, para fins de cálculo das contribuições do Programa de Integração Social-PIS/Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS, os valores arrecadados pelas empresas a título de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS não incorporam o patrimônio do contribuinte e, desse modo, não podem integrar a base de cálculo das citadas contribuições, assim, a partir da decisão supramencionada, temos um enunciado hipotético descritivo de um fato (os valores arrecadados a título de ICMS não integrará a base de cálculo das contribuições PIS/COFINS) e uma regulação da conduta de todos aqueles submetidos, quais sejam, os contribuintes do PIS/COFINS, como sujeitos passivos, e a união, como sujeito ativo, quanto a apuração de tais contribuições.

Neste exemplo, percebe-se que a tese "criada" pelo Supremo Tribunal Federal -STF, desprende-se do processo e equipara-se a uma verdadeira lei. A tese, conforme já citado, seria a hipótese da norma.

31 CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 667.

32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **RE: 574706 PR**, Relator: LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO, Data de Julgamento: 13/12/2007, Tribunal Regionsl Federal, Data de Publicação: 02/01/2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 17 jul. 2020.

Desse modo, visualizamos um caráter dúplice na figura do precedente vinculativo, onde, do julgamento do precedente teríamos "uma norma individual e concreta", e a partir deste julgamento, ao elaborar-se a tese, ou seja, a norma que se caracteriza como precedente vinculante, esta norma passa a ganhar *status* de geral e abstrata, servindo para casos futuros.

Convém mencionar, que diferentemente dos países que adotam o sistema jurídico do *Common Low,* onde os precedentes para tornarem-se uníssinos, são formados a partir de decisões reiteradas à respeito de um determinado tema/fundamento, no Brasil, como no caso exposto, existe a possibilidade de um julgado já nascer "precedente".

Quanto à observação ao enunciado do professor Tárek Moussallem[33] "já assentamos que os juízes são órgãos ejetores de normas, pois aplicam o direito por meio do expediente da norma secundária" trazido à baila no tópico anterior, entendemos que, desde a edição de sua obra "Fontes do Direito Tributário", houve notáveis modificações no ordenamento jurídico, onde o poder judiciário apenas interviria em casos que houvesse sua provocação com o consequente descumprimento da norma primária.

Nesse ponto, a Suprema Corte, ao inserir no sistema de direito positivo uma norma que caracterize precedente vinculante, crava no mundo jurídico um enunciado-enunciado, como se norma primária fosse. Dito isto, trazendo o RE 574.706 novamente como exemplo, se ocorrer um fato A (apuração da contribuição do PIS/COFINS), então o dever-ser da conduta B será excluir o ICMS da base de cálculo destas contribuições no momento de sua apuração.

Não se trata apenas de uma questão de fundamento de validade da norma, mas sim uma mudança de paradigma, extrai-se da decisão a *ratio decidendi*, "norma geral e abstrata", possuindo a clássica estrutura lógica de hipótese descritora e consequente prescritor, que servirá de base para todos os outros casos futuros dotados de similaridades fáticas e/ou normativa, com observância obrigatória tanto para os tribunais, quanto para os sujeitos envolvidos na relação jurídica.

Sob este último ponto, convém mencionar os dizeres de José Renato Camilotti[34]:

> Nesse sentido, a hermenêutica de um sistema de direito positivo, na vigência de leis que imponham normas que caracterizem precedentes vinculantes, sofre uma espécie de mudança paradigmática.

33 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 151.

34 CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF:** Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Editora Noeses, 2018. p.72.

> A atividade de interpretação não pode ser feita apenas com vistas às normas jurídicas cujos veículos introdutores sejam lei em sentido estrito; o hermeneuta jurídico deve atentar-se ao direito dos tribunais, aos precedentes vinculantes, metainterpretações de lei que passam a ser.

Nesse contexto, é possível afirmar que o estado-juiz ao inserir no sistema jurídico uma norma que caracterize precedente vinculante, também denominada de metainterpretações de lei, não terá uma atuação sancionatória, mas sim, atuará na prescrição de um dever-ser, possuindo o condão de inserir no mundo jurídico uma norma (*ratio decidendi*) com efeitos de "norma primária", geral e abstrata.

CONCLUSÃO

Tomando o direito como linguagem, nesta pesquisa, definiu-se o termo "fontes do direito" como a atividade de enunciação, ou seja, atividade produtora de normas, que "nasce" através de um acontecimento de ordem social, associado ao ato de vontade humana e à execução de um procedimento específico realizado por um agente competente.

A partir deste ponto, entendeu-se que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo, sem que haja uma atividade de enunciação, e sem que seja introduzida por outra norma, o que denominamos de veículo introdutor de normas.

Nessa toada, ao esmiuçar o processo produtor das normas (enunciação), observou-se que a enunciação-enunciada, composta por dados que revelam as marcas de produção da norma, e o enunciado-enunciado, que é constituído pelos demais enunciados que não nos remete às marcas de produção da enunciação, podendo ser normas jurídicas, gerais e abstratas, como também individuais e concretas e até mesmo individuais e abstratas, são produtos da atividade de enunciação.

Com base neste pressuposto, compreendeu-se que as normas nascem aos pares, tendo-se sempre uma norma introdutora e uma norma introduzida, o que nos afastou a possibilidade de entender que as leis, os costumes, a jurisprudência e a doutrina, seriam fontes do direito. Percebemos que os mesmos, seriam na realidade, os enunciados-enunciados, inseridos no mundo jurídico por um veículo introdutor de normas.

Nesta lógica, observou-se que os precedentes, assim como a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência, conforme o nosso sistema de referência já estabalecido, não seriam fontes do direito, mas sim produtos da atividade psicofísica

produtora de normas.

Embasados em tais premissas, estabeleceu-se que precedentes vinculantes são teses jurídicas, desenvolvidas pelos tribunais superiores, por maioria, baseadas em fundamentações de determinados casos *(ratio decidendi),* que passam a ser aplicadas a casos que se amoldem ao quadro fáctico dos precendentes, que serão decididos posteriormente.

Conclui-se que, os tribunais superiores possuem o condão de inserir no sistema jurídico, uma norma individual e concreta, que seria a decisão que deu base a formação do precedente vinculante, como também, a partir da "*ratio decidendi*", criada pelo precedente vinculante, inserir no mundo jurídico uma norma com status de norma primária, servindo para casos similares e futuros, sendo portanto geral e abstrata.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITTO, Lucas Galvão. O Constructvismo Lógico-Semântico aplicado ao estudo do Direito. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructvismo Lógico-Semantico**. São Paulo: Editora Noeses, 2014. v. I.

BRITTO, Lucas Galvão. **Tributar na era da técnica**: Como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF***:* Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Editora Noeses, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini. O Constructvismo Lógico-Semântico aplicado ao estudo do Direito. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructvismo Lógico-Semantico**. São Paulo: Editora Noeses, 2020. v. III.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de direito tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o Constructivismo Lógi-

co-Semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Editora Noeses, 2014. v. I.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. 10. ed. São Paulo: Saraivas, 2015.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação:** as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito:** para um novo paradigma hermenêutico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÕES, Argos Compos Ribeiro. Entre a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado: uma questão temporal. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructvismo Lógico-Semantico**. São Paulo: Noeses, 2020. v. III.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **RE: 574706 PR**, Relator: LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO, Data de Julgamento: 13/12/2007, Tribunal Regionsl Federal, Data de Publicação: 02/01/2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 17 jul. 2020.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

4

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL E DA VONTADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE

Ítalo Alexandre do Nascimento
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Graduando em Gestão Pública pelo Centro Universitário FBV (UniFBV)
Associado à Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT)

RESUMO: O presente artigo tem por escopo revisitar o debate acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por improbidade administrativa (artigo 37, § 5º, da Constituição Federal), tema objeto do Recurso Extraordinário nº 852.475, confrontando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com o princípio da unidade constitucional, à luz das notas taquigráficas da Assembleia Nacional Constituinte. Longe de pretender encerrar a discussão, busca-se comparar a redação final da norma constitucional com a expressão da vontade do legislador Constituinte, a fim de expor sua rejeição à ideia de imprescritibilidade da pretensão ressarcitória.

PALAVRAS-CHAVE: Imprescritibilidade. Improbidade Administrativa. Ressarcimento. Erário. Assembleia Nacional Constituinte. Unidade Constitucional.

INTRODUÇÃO

O trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 852.475, tombado sob o Tema de Repercussão Geral nº 897 do Supremo Tribunal Federal (STF), não dissolveu – embora sedimentado o entendimento jurisprudencial – os debates acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, inspirados no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal[1],

1 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 30 de abril de 2020.

o qual prevê:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> (...)
> § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A ressalva flagrada na parte final do dispositivo é justamente o cerne das divergências interpretativas. Até mesmo por isso, enquanto o exame jurisdicional da querela encontrou termo, ao menos por ora, no julgamento daquele recurso, a doutrina segue seu estudo acerca do tema, revelando certa insatisfação com o exaurimento – para alguns – perfunctório da depuração constitucional da norma em revista promovido pelo STF.

Ademais, a investigação à luz da Lei Maior e de seu processo construtivo permite, cada vez mais, abrir espaço à vontade genuína do Constituinte. Dos anais da Assembleia Nacional unicameral inaugurada em fevereiro de 1987, oportunamente expostos neste trabalho, extrai-se manifesta rejeição do legislador originário à ideia de se excepcionar a regra de prescrição.

Diante disso, urge – como se fará a seguir – revisitar a controvérsia concernente à interpretação da referida norma fundamental sob a ótica do princípio da unidade constitucional, cuja natureza consente, inclusive, a noção de normas constitucionais inconstitucionais. Premente, por oportuno, espelhar o que leciona o Professor Doutor e Ministro Luís Roberto Barroso[2]:

> O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou "otimização" das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.

No presente artigo, portanto, respeitando a apertada maioria formada na Corte Suprema, procuraremos demonstrar o equívoco do entendimento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, seja ante o exame acurado dos trabalhos da Constituinte e da consequente evolução redacional do artigo 37,

2 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 196/200.

§ 5º, da Norma Ápice, seja pela compreensão una e harmônica do texto constitucional pelas lentes dos seus próprios princípios (explícitos e implícitos).

Certo de que o aludido provimento jurisdicional não extingue a divergência interpretativa, este escrito pretende lançar luz sobre elementos, por vezes tangenciados, do arcabouço constitucional disponível ao enriquecimento do presente debate.

1. APRECIAÇÃO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 852.475/SP

Prima facie, há de se ressaltar que o tema da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário não é estranho à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o qual já se debruçou sobre a matéria em outras oportunidades. No exame do Mandado de Segurança nº 26.210/DF (Brasil, 2008), por exemplo, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, ancorado nos estudos do festejado Professor José Afonso da Silva[3], proferiu voto em Plenário pela imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas da União em face de particular que, obtendo bolsa de estudos para cursar Doutorado no exterior, não retornou ao Brasil após o término da qualificação, como prometera em compromisso firmado, ensejando a devolução dos valores percebidos.

Pertinente frisar, na mesma demanda, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio[4], o qual entendeu a ressalva redacional da norma como a disposição de que as ações prescrevem, a partir do nascimento da pretensão, em cinco anos, homenageando a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo.

As celeumas que posteriormente aportaram ao Colendo Supremo Tribunal igualmente foram decididas no sentido da imprescritibilidade, muito guiadas, é bem verdade, pela reflexão cultivada no supracitado *mandamus*, o que – no nosso sentir – desprezou diversos subsídios patrocinadores da controvérsia.

Merece destaque, mesmo que alheio à improbidade administrativa, que o Tema nº 666, do STF, cujo enunciado foi alcançado no Recurso Extraordinário

3 De acordo com José Afonso da Silva (2006, p. 673, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008), "Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição o ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário." Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769. Acesso em: 01/05/2020.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008.

nº 669.069/MG[5], rechaçou o pleito da Administração Pública e assentou que, nos casos de ilícitos civis, a ação de reparação aos cofres públicos deles decorrentes se sujeita ao instituto da prescrição, sob o prazo de cinco anos para o exercício da pretensão creditícia.

Antes ainda de adentrarmos especificamente na lide que intitula este capítulo, significativo é revelar que, evoluindo em sua jurisprudência, o STF – ao Tema nº 899 de Repercussão Geral (RE nº 636.886/AL) – firmou que a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas "prescreve na forma da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)"[6]. Perceba-se, de pronto, louvável revisitação à compreensão promulgada em Plenário no bojo do mandado de segurança primeiramente citado, o que denota intento da Corte em distender e progredir em sua atividade jurisdicional.

Do exposto até aqui, nota-se que, ao longo dos anos, os desdobramentos da pretensa imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário foram, à medida da ascendência da matéria ao Supremo Tribunal, solucionados. Restou, pois, tão somente aquela ação reparatória oriunda dos atos abarcados pela Lei n° 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual conferiu eficácia à norma constitucional do artigo 37, § 4º, da Constituição[7].

Finalmente, alçado ao STF pelo Ministério Público de São Paulo, através do Recurso Extraordinário nº 852.475, o argumento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa foi reconhecida, ainda sob a Relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, a existência de repercussão geral, de modo a atrair a atenção da comunidade jurídica ao seu julgamento.

Deve-se assinalar, neste ponto da análise jurisprudencial, que o reconhecimento da repercussão geral pode ter obedecido, em alguma medida, um anseio popular de solução à impunidade crescente nos casos de corrupção vivenciados no Brasil. Ilustra essa visão a reserva de entendimento novamente do Ministro Marco Aurélio[8], para quem a repercussão geral pressupõe violência à Carta da

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669.069/MG**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 03/02/2016.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.886/AL**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

7 Art. 37, § 4º. - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 30 de abril de 2020.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 06/05/2016. Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE

República, não cabendo ao Supremo evocá-la quando, no Tribunal de origem, segundo o Ministro, o acórdão vergastado tenha se limitado apenas à matéria infraconstitucional.

Superada a admissibilidade e recepção do caso, já no julgamento do mérito da questão, o Ministro Alexandre de Moraes[9], à época Relator da espécie sob exame, inaugura o seu voto asseverando:

> A condenação por improbidade administrativa e consequente imposição das respectivas sanções somente poderão ocorrer se, nos prazos fixados em lei, houver o ajuizamento da ação específica, e, após o devido processo legal, garantida a ampla defesa e o contraditório, houver uma decisão judicial condenatória.
> Em um Estado de Direito, assim como no campo penal, também na responsabilidade civil por ato de improbidade, o Poder Público tem um prazo legal para exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.
> As exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º.

Ainda para o então Relator, em respeito ao devido processo legal, o legislador conferiu eficácia ao artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e editou a Lei n° 8.429/92, prevendo, expressamente, em seu artigo 23, os prazos de prescrição da responsabilidade penal. Sustenta o Eminente Ministro[10]:

> Não bastasse isso, não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade.
> Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais. Como resultado, não deveria ter surgido qualquer dúvida quanto à prescritibilidade de todas as sanções civis por ato de improbidade adminis-

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento: 08/08/2018. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5 º, DA CONSTITUIÇÃO.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

> trativa, inclusive a de ressarcimento ao erário, pois a legislação observou o mandamento do próprio § 4º do art. 37, que exige a edição de lei específica para tipificar os atos de improbidade e estabelecer a forma e gradação de todas as sanções.

Alicerça o voto inaugural que a simples leitura da expressão "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", em sua literalidade, não autoriza qualquer inferência pela imprescritibilidade, sobretudo quando a interpretação e a aplicação do texto constitucional são distanciadas do espírito do conjunto normativo. Concluindo pelo desprovimento do Extraordinário, fundamenta o Ministro Alexandre Moraes[11]:

> A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado "ato de improbidade" (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

Ao abrir a divergência, o Ministro Edson Fachin, que, posteriormente acompanhado pela maioria de seus Pares, redigiu o acórdão, superou as premissas sem discordância e estabeleceu a controvérsia nos seguintes termos[12]:

> O nosso dissenso nasce de uma vírgula e do que depois vem da vírgula - aliás, não raro na comunicação não só jurídica, mas humana, os problemas, às vezes, não são os pontos, e sim as vírgulas -, eis que este § 5º do art. 37, ao dizer, como acabo de reafirmar de outro modo, que "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário," - disso, é texto constitucional imune à dúvida. O problema é que, após essa afirmação, há uma vírgula e aí advém a expressão e a sua compreensão sistemática que gera debates - "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

Para o Eminente Julgador, embora reconheça a fertilidade do solo argumentativo no qual o Ministro Alexandre de Moraes lançou seu voto, a compreensão sistemática do conjunto normativo do artigo 37 da Carta Magna consentiria aduzir que, se o § 5º refere-se à lei prevista no § 4º, então esse mandamento especial – a Lei de Improbidade Administrativa – trataria tão somente da gradação e da forma das sanções penais, abstendo-se de fixar prazo prescricional para as ações de ressarcimento.

Em seguida, fiel ao signo social que elevou a discussão em comento à condição de ferramenta indelével do combate à corrupção, o Ministro Edson Fachin assegurou que defender a imprescritibilidade seria prestigiar a coisa pública, evitando que a prescrição seja biombo da perpetuação do dano ao interesse público.

Em conclusão, afiança que o Constituinte originário fez por bem ao compreender que a coisa pública, por vezes aviltada, encontraria proteção fundamental no artigo 37, § 5º, da Constituição, votando pela tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Furtando-se este artigo ao exame acurado de todos os votos proferidos, premente é registrar que, ao final da primeira assentada de julgamento, acompanharam o Relator os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, tendo a divergência sido instalada pelo Ministro Edson Fachin, à qual se filiou a Ministra Rosa Weber.

Retomada a formação Plenária, os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux iniciaram os trabalhos do órgão Colegiado adiantando que, recapitulando seu voto, poderiam aderir à divergência, o que se concretizou após dilatado debate entre os Julgadores.

Aditando o seu voto à solução restritiva proposta pelo Ministro Barroso, a tese relatada pelo Ministro Edson Fachin assim restou lavrada: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa".

Encerrado o julgamento do Recurso Extraordinário, o placar de 6x5 a favor da tese da imprescritibilidade, embora tenha guiado o entendimento do Poder Judiciário acerca da matéria, manteve a discussão acesa entre os operadores do Direito, havendo adeptos de ambos os lados.

No que nos cabe opinar, perfilhamos a percepção – muito anterior ao julgamento, frise-se - do Professor Doutor Edilson Pereira Nobre Junior[13], Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para quem o assunto não pode ser tido como inteiramente solucionado, uma vez que os métodos e critérios de interpretação jurídica repelem – suficientemente – o entendimento

13 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. 2012. Prescrição e a pretensão de ressarcimento ao erário. **Revista Trimestral de Direito Público**, Ed. 59, 2013, p. 65.

prevalecente.

Dito isso, o que nos parece é que o exercício da atividade jurisdicional constitucional tangenciou, ou até mesmo ignorou, o complexo principiológico da Constituição de 1988, bem como o espírito normativo exprimido pelo legislador originário nos anais da Assembleia Nacional Constituinte.

O capítulo seguinte, pois, trará à baila ambos os elementos estruturantes da norma constitucional (espírito e princípios), cotejando-os com o posicionamento adotado pelo STF em seu julgamento.

2. A EVOLUÇÃO REDACIONAL DO § 5º, DO ARTIGO 37, DA CONSTITUIÇÃO, E O PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL

Tomando emprestado trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes[14], sintetiza-se a acareação aqui pretendida:

> A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigorantes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.

Primitivamente, a imprescritibilidade na seara da improbidade administrativa emerge a solução pelo legislador Constituinte nos trabalhos da Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições[15], sob a seguinte redação:

> § 2º São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao Erário público.

Lobriga-se que o anteprojeto inicialmente não sugeriu qualquer submissão das ações de ressarcimento ao erário ao manto da imprescritibilidade. Por sugestão do Relator da Comissão, o Constituinte Prisco Viana, propôs-se redação substitutiva ao então artigo 62, § 2º[16]:

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

15 BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/4_Comissao_Da_Organizacao_Eleitoral,_Partidaria_E.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

16 BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, 1987.

> § 2º São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário, bem como as respectivas ações de ressarcimento.

Posteriormente, já definido que as sanções penais teriam seus prazos prescricionais balizados em lei especial, o legislador originário, no entanto, manteve a imprescritibilidade exclusivamente das ações de ressarcimento, em uma nova versão da redação [17]:

> § 4º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.

Eis, a partir deste momento, o ponto nodal da análise dos anais da Assembleia Nacional Constituinte. Em 13/01/1988 foi proposta a Emenda Substitutiva e Supressiva nº 2P02039-9, acompanhada da seguinte nota explicativa:

> Mesmo que o objetivo maior seja resguardar os bens públicos, é inadmissível que alguém venha a, 20 ou 30 anos após, ser chamado a justificar atos que, pelo próprio prazo decorrido, são de difícil reconstituição. Como para outros atos ou guarda de documentos a imprescritibilidade, o texto proposto poderá tornar-se instrumento de injustiças. O interesse da comunidade deve ser sempre resguardado, mas não será tornando imprescritíveis os ilícitos que se resolverão os problemas. Mais importante é a agilização dos mecanismos de fiscalização e os processos de apuração dos fatos e a devida responsabilização.

Assim, aprovada em 10/03/1988 a Emenda por 300 votos favoráveis (98 contra e 2 abstenções), retificou-se a redação do então artigo 43, § 3º[18]:

> § 3º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízos ao Erário, ressalvados as respectivas ações de ressarcimento.

17 BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N009.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

18 BRASIL. 1988. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1988. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N014.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

Temos, portanto, todo o caminho percorrido na Assembleia Nacional Constituinte até a consolidação do texto constitucional. Partiu-se de uma imprescritibilidade irrestrita para o completo afastamento dessa excepcionalidade, seja a consequência jurídica do ato de improbidade de natureza penal ou patrimonial.

A permanência da ressalva no artigo 37, § 5º, da Constituição, desse modo, ao contrário da interpretação extensiva adotada pelo STF, autorizou a recepção dos prazos prescricionais já existentes no nosso ordenamento jurídico para as ações de ressarcimento por enriquecimento ilícito, a fim de que não sobreviesse lacuna normativa.

Nesse diapasão, não há qualquer hipótese implícita na norma que permita inferir a imprescritibilidade. Muito pelo contrário, a vontade genuína do legislador Constituinte foi afastá-la, como de fato o fez, dada a natureza patrimonial das ações de ressarcimento e o respeito aos princípios da ampla defesa, contraditório e, sobretudo, da segurança jurídica.

Urge anotar, também, que a Constituição de 1988, quando buscou assentar exceções ao fenômeno prescricional, assim o fez de maneira expressa, como se vê do artigo 5º, incisos XLII e XLIV, nos casos de racismo e ação armada contra a ordem constitucional e o Estado Democrático[19], respectivamente. Veja-se, em ambas as hipóteses, que os bens jurídicos tutelados, quais sejam a dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no artigo 1º, da Constituição, e o estado democrático, são mais caros à sociedade que a pretensão patrimonial da Administração Pública, a qual não se nega – por óbvio – a importância e relevância da inarredável custódia legal e constitucional.

Doutra banda, condutas que igualmente afrontam os fundamentos constitucionais insculpidos no artigo 1º, a exemplo da tortura, do terrorismo e dos crimes hediondos, não receberam o mesmo pálio da imprescritibilidade, soando ainda mais gravoso, ao que nos parece, a dimensão interpretativa alcançada pelo STF no exame das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Outrossim, mesmo sem acesso a qualquer bastidor da Assembleia Nacional Constituinte, a interpretação da redação do artigo 37, § 5º, da Lei Máxima, pode perfeitamente ser ordenada através dos princípios: são eles os indicadores da aplicação da norma no caso concreto.

Nesse sentido, importante a lição do doutrinador e ministro do Supre-

19 Art. 5º, incisos XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

mo Tribunal Federal, o Professor Doutor Gilmar Mendes[20]:

> Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade (...).

Significa dizer que, nada obstante não se coloquem acima do Direito Positivo, os princípios ganham importância normativa pela capacidade de harmonizar o sistema e solucionar antinomias acidentais, como parece ser o caso aqui tratado.

Invoca-se, à vista disso, o jusconstitucionalista alemão Otto Bachof, cujos estudos contribuem sobremaneira ao tema ora explorado. Em sua obra '*Normas Constitucionais Inconstitucionais?*', Bachof estabeleceu que o primeiro controle de constitucionalidade é interno, a partir da compatibilização entre Constituição "formal" e "material". Assim, entende que normas constitucionais não devem entrar em conflito com outras da mesma natureza, pois todas fazem parte do mesmo documento, concebendo, então, a 'Unidade da Constituição'[21].

A constituição formal, segundo Bachof, refere-se à norma escrita e suas respectivas peculiaridades. Por seu turno, a constituição material seriam os elementos fundamentais estruturantes do Poder Constituinte, do Estado e da matéria constitucional[22].

Como bem escreveu Canotilho[23], existe um direito constitucional não escrito que, embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa-a e a vivifica. Essa compreensão complementa a ideia do jurista alemão: uma norma constitucional pode, perfeitamente, afrontar a constituição formal (texto escrito) e material (espírito e princípios), no que se denominaria de dupla inconstitucionalidade.

Por isso, revisitando o julgamento proferido pelo STF acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, forçoso aferir que – mesmo ignorando a vontade do legislador Constituinte – a tese firmada ataca não só princípios formalizados na Carta Magna, como os da ampla defesa e contraditório, mas também fundamentos principiológicos não

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Ed. Saraiva, 2009, pp. 135/136.

21 COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **A inconstitucionalidade de normas constitucionais na jurisprudência do STF**. 2011.

22 BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

23 COLNAGO *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.103.

escritos (materiais), são eles a unidade constitucional e, em última *ratio*, a segurança jurídica.

Socorremo-nos, para tanto, dos dizeres do Professor Doutor Ministro Luís Roberto Barroso, que define o princípio da unidade da Constituição como um dever ao intérprete de "harmonizar as tensões e contradições entre as normas", devendo fazê-lo "guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior"[24].

Daí se induz, pela nossa leitura do acórdão produzido pelo STF, a inconstitucionalidade da intepretação empregada ao artigo 37, § 5º, da Constituição. É dizer, se a predita norma vigorará no nosso ordenamento jurídico sob a abstração da imprescritibilidade, mesmo diante dos princípios decorrentes da Carta Política, então nos parece claro que se está diante de um texto constitucional inconstitucional.

Isso porque o instituto da prescrição não tomou assento à toa no ordenamento pátrio, servindo, consoante ensina Pontes de Miranda[25], à segurança e à paz públicas. A regra das pretensões é, por conseguinte, a sujeição aos prazos prejudiciais ao seu exercício. Daí porque a imprescritibilidade é a exceção, cuja norma instituidora deve ser interpretada de modo absolutamente restritivo.

Novamente recorrendo à advertência do Professor Doutor Edilson Nobre[26], além das considerações acerca da segurança jurídica, a prescrição se justifica como: a) presunção do abandono da pretensão pela inércia do detentor do direito; b) proteção aos obrigados contra as dificuldades de prova a que estariam expostos no caso de o credor, depois de passo longo espaço de tempo, pretender cobrar a dívida, inclusive eventualmente já quitada; e c) estímulo educativo aos titulares de direitos.

Assim, abona o Professor Doutor Edilson Nobre que a Constituição enquanto sistema – coerente em si – reivindica que os seus preceitos normativos não sejam compreendidos de forma isolada, mas sim como parte integrante de um todo. Desse modo, prestigiar o sobreprincípio da segurança jurídica, tantas vezes já reverenciado pelo STF, é alinhar-se ao espírito do Constituinte e conferir estabilidade às relações sociais.

A título ilustrativo, propõe-se a reflexão aventada na Emenda revisora da norma na Assembleia Nacional Constituinte: como ficariam os indivíduos que, após décadas, passam a ser demandados por eventual prática de ato de improbidade administrativa supostamente causador de prejuízo ao erário? E se já falecido,

24 COLNAGO, 2011 *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 196.

25 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 98 e ss.

26 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. 2012. Prescrição e a pretensão de ressarcimento ao erário.

alcança-se a herança partilhada e os herdeiros recebedores de boa-fé? Demandar-se-ia contra o seu patrimônio, na proporção do quinhão? E o direito de defesa? Como produzir provas de fatos ocorridos há décadas, dos quais eventualmente o indivíduo sequer teria ciência?

Ora, enquanto o particular entra e sai da Administração Pública, esta permanece com seu acervo documental preservado por décadas, inclusive com servidores destinados tão somente para essa curadoria. Imaginemos um indivíduo eleito Prefeito na década de 1990 e que, encerrado o mandato eletivo, posteriormente foi nomeado Secretário de alguma pasta estadual e, mais adiante, superintendente de uma autarquia federal. Terá ele que arquivar em seu acervo pessoal todos os documentos da sua vida pública, sob o receio de, eventualmente, não se sabe quando, demandarem contra si por suposta prática de ato ímprobo? Apesar de extrajurídica, a reflexão aponta para a incorreção da interpretação conferida ao artigo 37, § 5º, da Constituição.

Aparta-se deste ensaio, para evitar o prolongamento do estudo ora desenvolvido, ampliar a polêmica para discutir o prazo prescricional: se decenal, pelo artigo 205, do Código Civil[27], ou quinquenal, aplicando-se análoga e isonomicamente o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32[28]. Sabe-se, todavia, que o exaurimento da pesquisa sugere o enfrentamento desse meandro, à vista da variada adesão dos estudiosos a ambos os lustros temporais.

É importante reconhecer, todavia, o aparente desacerto em autorizar a imprescritibilidade em favor da Administração Pública sem garantir o direito reverso ao particular, ferindo o equilíbrio da relação Estado x Cidadão e dela excluindo a paridade de armas entre as partes.

Além disso, propor a imprescritibilidade atenta também contra a moralidade e, principalmente, a eficiência da Administração Pública, trazidas no próprio *caput* do artigo 37. A partir do julgado, deu-se azo à prorrogação indefinida da apuração da responsabilidade funcional daquele que, por sua prerrogativa, teria a competência para exercitar a pretensão creditícia em favor do erário.

Isto posto, fato é que as consequências da tese amparada pelo STF são incalculáveis do ponto de vista das ofensas não só à ampla defesa, ao contraditório, à segurança jurídica e à unidade da constituição, como também à moralidade e eficiência que edificam a Administração Pública.

27 Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, 2002. BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

28 Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. BRASIL. **Decreto** nº **20.910/32, que regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm. Acesso em: 05 mai 2020.

Cabe aqui registrar contundentemente nosso reconhecimento da necessidade de proteção da coisa pública, do combate implacável à corrupção e à malversação dos recursos. Se hoje a democracia brasileira ainda patina na sua consolidação, muito se deve ao saqueamento irrefreado e parasitário que se sucede na Administração Pública. Contudo, apreende-se, sujeitando nosso escrito ao debate e ao entendimento contrário, que o STF – especificamente sobre a matéria apurada – cometeu extrapolação interpretativa do texto constitucional, recaindo em desavisada inconstitucionalidade.

Nesta senda, filiamo-nos à fala do Professor Otto Bachof[29]:

> Não pode ser missão da jurisdição chamar a si o direito de legislação constitucional, isto é, o direito supremo conferido ao poder legislativo e ao povo no seu conjunto da república democrática; responsável pelo sistema de valores sobre o qual se ergue uma Constituição, e pelo qual têm de aferir-se a sua bondade e a sua valia, é o povo todo e não um tribunal de nove homens.

Os princípios encartados na Lei Fundamental e a expressão genuína da intenção do texto constitucional pelo legislador não deveriam, sob um pretexto – nobre, logicamente – de socorro à coisa pública, ser suprimidos da interpretação da norma, correndo-se o risco de invalidar o comando ali flagrado. No inafastável pressuposto da democracia representativa, em que todo poder emana do Povo, exige-se respeitar a vontade dos Constituintes por ele eleitos.

Indo além, a interpretação adotada subverte o direito fundamental de defesa, a segurança jurídica, o espírito da norma e se coloca radicalmente de encontro ao sistema constitucional – a chamada constituição "material" – que alicerça o texto final. Na esperança de que futuramente volte o STF a se debruçar sobre a matéria, clama-se pela valorização de sua gênese e decorrente preservação da lógica desenvolvida na Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscamos contextualizar a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, expondo a evolução jurisprudencial da Corte e os votos lançados no julgamento da demanda.

A partir daí, pretendeu-se comparar o entendimento vencedor com os elementos estruturantes da norma constitucional, especificamente os anais da Assem-

29 BACHOF, Otto. 1994. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**

bleia Nacional Constituinte e os princípios formais e materiais evidenciados na Constituição de 1988.

Entendendo que o *Pretorio Excelso* conferiu pouca importância ao arcabouço acima elencado, explorou-se no presente artigo a evolução redacional da norma contida no artigo 37, § 5º, atingindo a conclusão de que o legislador Constituinte partiu de uma irrestrita imprescritibilidade ao completo afastamento desse conceito excepcional às ações de ressarcimento.

Malgrado clara a intenção do legislador originário, entendeu o STF que deveria prevalecer a defesa da coisa pública e o combate à corrupção, expandindo a interpretação da norma para tal fim, o que – no nosso humilde sentir – manifesta a assunção de função legislativa por parte do Tribunal.

À luz do princípio da unidade constitucional, examinou-se que a tese sancionada também afrontou a segurança jurídica e a ampla defesa, na medida em que afastou do caso a regra prescricional, cuja exceção deve ser vista sempre como alheia à normalidade, como bem fez a Constituição nos artigo 5º, incisos XLII e XLIV.

Para não alongar-se, o presente artigo não estendeu a investigação à seara do prazo prescricional eventualmente cabível, mas nos parece óbvio que essa apuração também deva ser feita, a fim de percorrer todas as nuances possíveis do tema.

Outra vez rogando escusas ao posicionamento do STF, colhe-se – por fim – que o debate em testilha não se encerrou no julgamento do tema em Repercussão Geral, mantendo-se vivo nos operadores do Direito por sua relevância e consequências, mormente quando explorada e compreendida a intimidade da norma constitucional periciada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 196/200.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/4_Comissao_Da_Organizacao_Eleitoral,_Partidaria_E.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1987. Disponível em: Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N009.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1988. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N014.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.Acesso em: 30 de abril de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm. Acesso em: 05 mai 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669.069/MG**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 03/02/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.886/AL**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 06/05/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento: 08/08/2018.

COLNAGO *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.103.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **A inconstitucionalidade de nor-**

mas constitucionais na jurisprudência do STF. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Ed. Saraiva, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. 2012. Prescrição e a pretensão de ressarcimento ao erário. **Revista de Direito Público**, Ed. 59, 2012, p. 65.

5

REVELIA E AS CONSEQUÊNCIAS DIFERENCIADAS NA AÇÃO RESCISÓRIA, MANDADO DE SEGURANÇA E DESAPROPRIAÇÃO[1]

José Henrique Mouta Araújo
Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Doutor e mestre pela Universidade Federal do Pará (UFPA)
Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Procurador do estado do Pará
Advogado

RESUMO: Um dos temas mais importantes do CPC refere-se à necessidade de buscar o julgamento de mérito, mitigando os efeitos materiais da revelia. Da mesma forma, na ação rescisória, no mandado de segurança e na desapropriação, por razões diversas, não são aplicáveis os efeitos decorrentes da conduta passiva do réu (art. 344, do CPC).

PALAVRAS-CHAVE: CPC. Presunção. Revelia. Mérito. Fato.

INTRODUÇÃO

Um dos momentos mais importantes do andamento procedimental refere-se à análise quanto aos efeitos da atitude passiva do réu em não atender ao chamado judicial.

De fato, considerando a necessidade da resolução do objeto litigioso do processo, após o encerramento do prazo para a conduta ativa do demandado, poderão ser adotadas múltiplas atividades pelo juiz, dependendo da existência, ou não, de contestação.

Uma coisa é certa, antes de analisar e, se for o caso, aplicar os efeitos decorrentes da revelia, é necessária a verificação se o réu foi efetivamente citado, a forma da citação e a indicação, neste instrumento, da advertência de que, à falta de defesa, será aplicada a penalidade processual da revelia (arts. 248, §3º, 250, II

1 Texto publicado na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), nº 110, p. 221-234, abr./jun. 2020.

e 257, IV, do CPC). O Superior Tribunal de Justiça já considerou desnecessária a indicação, no mandado citatório, da advertência quanto aos efeitos da revelia, tendo em vista que: "é excesso de formalismo declarar a nulidade de citação por ausência de informação a respeito de disposição legal, considerando que não houve prejuízo para a recorrida (RESp 1130335/RJ, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.03.2010).

Por outro lado, é necessária análise específica quanto aos efeitos decorrentes da atitude contumacial do réu nas três ações de procedimentos especiais que possuem presunções em favor do autor ou garantia constitucional decorrente da estabilidade da coisa julgada.

Vamos aos argumentos.

1. REVELIA E OS EFEITOS MATERIAIS E PROCESSUAIS – MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS E O CPC/15

O conceito de revelia é simples: é a falta de apresentação de contestação, advinda de conduta passiva do réu em não atender, ou atender intempestivamente, ao chamado judicial (art. 344, do CPC).

Contudo, mais importante do que a revelia em si, é a análise dos seus efeitos, levando em conta as consequências para as demais etapas procedimentais.

A citação não impõe uma conduta positiva do réu, mas, em caso de não atendimento ao chamado judicial, algumas consequências processuais e materiais lhes são impostas. Como bem ressalta Araken de Assis:

> "Nenhum texto legal obriga o réu a responder. O réu tem o ônus, jamais o dever de comparecer em juízo, e independentemente do caráter involuntário da abstenção, subsistirão invariáveis e constantes as consequências atribuídas à omissão. O revel adota atitude contrária ao próprio interesse, mas não é rebelde ou insubmisso à autoridade judiciária"[2].

A rigor, contumácia é gênero, sendo a revelia, uma de suas espécies. Como apontam Yarshell, J. Pereira e Rodrigues, quando estudam a revelia:

> "Trata-se de instituto próprio do processo de conhecimento, que não se aplica ao processo de execução, no qual o executado, por meio da citação, não é chamado a responder, mas a pagar, depositar,

2 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume III – parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 281.

> cumprir, etc. O conceito largo de inércia, aplicável genericamente a todas as situações processuais em que o sujeito se queda inerte, é o de *contumácia.* Apesar de ser comum a confusão entre contumácia e revelia, são fenômenos diferentes. A contumácia é a inércia de qualquer sujeito processual, quanto a uma determinação judicial. Revelia, por sua vez, é a ausência de resposta tempestiva e regular, ou seja, a inação do réu em responder o pedido formulado pelo autor na demanda. Contumácia, portanto, é gênero do qual a revelia é espécie"[3].

De toda sorte, constatada a falta de contestação (ou a sua intempestiva apresentação), dois efeitos estarão presentes e devem ser sopesados nas múltiplas situações práticas: a) *efeito material* (art. 344, do CPC) – presunção (relativa) de veracidade dos fatos alegados pelo autor, com a possibilidade de resolução antecipada do mérito (art. 355, II, do CPC); b) *efeito processual* – prazos com fluência a partir da publicação da decisão (art. 346, do CPC).

Assim, em razão da incontrovérsia fática decorrente do *efeito material*, é desnecessária a fase probatória, sendo possível a resolução do mérito de forma antecipada (art. 355, II e 374, III, do CPC).

Contudo, mesmo neste caso, a antecipação da decisão meritória pode não ocorrer. Mesmo sendo revel, o réu pode se *contrapor aos fatos alegados pelo autor* e produzir prova, desde que compareça a tempo de evitar o julgamento antecipado (art. 349, do CPC).

A intenção maior da legislação processual de 2015, mesmo nos casos em que se admite julgamento por presunção, é tentar buscar a resolução do mérito[4] – a resolução do próprio objeto litigioso. O réu revel pode tentar evitar maiores prejuízos processuais, com o comparecimento e contraprodução probatória, desde que se apresente rapidamente e antes do pronunciamento meritório por presunção.

Esse já era o caminho traçado pela jurisprudência consagrada no tempo de vigência do CPC/73 (STJ- REsp 677.720- 3ª T – Rel. Min. Nancy Andrighi , J. 10.11.2005) e previsto expressamente na Súmula 231/STF, pela qual "*o revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno"*.

A presunção de veracidade decorrente do efeito material da revelia, sempre que possível, deve ser afastada, permitindo o julgamento com as provas existentes nos autos, o que inclusive pode ser contrário à tese afirmada pelo deman-

3 YARSHELL, Fávio Luiz; PEREIRA , Guilherme Setoguti J; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civi. Vol V (ars.334 a 368)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 200.

4 No tema, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo Código de Processo Civil*. Revista Síntese – Direito Civil e Processual Civil, nº 97 (set-out 2015), pp. 9-16; LINS, Arthur Orlando. *A primazia do julgamento de mérito no Processo Civil Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2019.

dante. Como bem entendeu a Corte da Cidadania, em julgados proferidos no ano de 2019:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. REVELIA. NÃO IMPORTA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VERACIDADE DOS FATOS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO VERIFICADO.1. Inexistência de maltrato ao art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a caracterização da revelia não importa em presunção absoluta de veracidade dos fatos, a qual pode ser afastada pelo julgador à luz das provas existentes (...)".AgInt no REsp 1816726 / RS – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – 3ª T – J. em 30/09/2019 – DJe 03/10/2019).

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. 1. EFEITOS DA REVELIA. RELATIVIDADE. CONVICÇÃO DO JUIZ. INVIÁVEL MODIFICAR AS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 2. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRECEDENTE. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A presunção de veracidade decorrente dos efeitos da revelia é relativa, tornando-se absoluta somente quando não contrariar a convicção do Magistrado. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias levaram em consideração todo o acervo probatório dos autos, sendo inviável modificar suas conclusões, sob pena de incidir a Súmula 7/STJ. 2. Conforme precedente desta Corte Superior, "havendo revelia e sagrando-se vencedor o réu, é descabida a condenação em honorários (precedentes). Regra que não se aplica se a parte, apesar de não ter apresentado contestação, atuou posteriormente nos autos" (REsp n. 779.515/MG, Relatora a Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27/6/2006, DJ 3/8/2006, p. 260). 3. Agravo interno desprovido" (AgInt no REsp 1779513 / RJ – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – 3ª T – J. em 17/06/2019 – DJe 25/06/2019)[5].

5 Ainda no tema *(inexistência de automática procedência em caso de revelia)*, vale a leitura do acórdão da Corte Superior, proferido no AgRg no REsp 1342255/SP – 3ª T – Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. em 23.02.2016- DJe 11.03.2016). Este entendimento relaciona-se com a hipótese prevista no art. 345, IV, do CPC.

Assim, mesmo em caso de revelia com a presunção de veracidade dos fatos *(efeito material)*, ainda assim é possível a apreciação livre pelo magistrado[6], bem como ao réu é garantida a contraprodução probatória, afastando os elementos constitutivos do direito do autor, ou mesmo apresentando as matérias de defesa que podem ser deduzidas a qualquer momento (art. 342, do CPC), desde que a manifestação seja a tempo de evitar o julgamento meritório antecipado pautado nas presunções decorrente da atividade omissiva.

Resta demonstrado, com isso, que a primazia da resolução de mérito enseja uma revisão/revisitação dos efeitos materiais da revelia, mesmo nos casos de demanda de natureza patrimonial em que, pelo menos em tese, é admitido o julgamento antecipado em decorrência da presunção fática e da incontrovérsia dos elementos constitutivos do direito do autor.

A presunção de veracidade das circunstâncias fáticas elencadas pelo autor não é efeito material automático da revelia, devendo ser analisado cada caso concreto. O próprio art. 343, do CPC elenca outras situações em que não há essa presunção, a saber: "*I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos*".

Logo, a legislação processual, preocupada com a primazia da resolução de mérito e na busca, de maneira mais aproximada possível, da melhor solução do objeto litigioso, vem se afastando cada vez mais do julgamento por presunções. Esse afastamento ocorre nas causas em geral, com a possibilidade de contraprodução probatória pelo revel, além das situações previstas no art. 343, e nas demandas diferenciadas que passam a ser tratadas neste ensaio.

2. INEXISTÊNCIA DOS EFEITOS MATERIAIS NA AÇÃO RESCISÓRIA, MANDADO DE SEGURANÇA E DESAPROPRIAÇÃO: PREPONDERÂNCIA DE OUTRAS PRESUNÇÕES E DIREITOS

Além das cláusulas gerais de esvaziamento dos efeitos materiais da revelia (arts. 345 e 349, do CPC), três situações merecem enfrentamento específico neste ensaio, considerando às múltiplas e diferenciadas razões que as afastam de qualquer julgamento por presunção: *ação rescisória, mandado de segurança e ação de desapropriação*.

6 "5. O STJ tem entendimento consolidado de que os efeitos da revelia são relativos e não conduzem, necessariamente, ao julgamento de procedência dos pedidos, devendo o juiz atentar-se para os elementos probatórios presentes nos autos, para formação de sua convicção" (REsp 1693660 / RN – Rel. Min. Herman Benjamin – 2ª T – J. em 07/12/2017- DJe 19/12/2017).

Destarte, além das situações tratadas anteriormente, no mínimo existem três hipóteses em que, em razão de presunções ou especialidades procedimentais, há o afastamento de qualquer possibilidade de confissão ficta e de julgamento por presunção, pelo que se torna necessário ponderar quais são as consequências em decorrência da ausência de impugnação.

Na ação rescisória, os efeitos decorrentes da revelia são mitigados ou simplesmente afastados, em razão das presunções em favor do próprio título executivo judicial e da estabilização decorrente da coisa julgada material. Como é sabido, a ação desconstitutiva é cabível, nos termos do art. 966, do CPC, contra *decisão de mérito*[7] que se enquadre nas situações tratadas em seus incisos.

As perguntas a serem respondidas são: *em caso de revelia na ação rescisória, a eventual presunção material poderá afastar as presunções advindas do título executivo e desconstituir a preservação da coisa julgada? Os fatos alegados na ação podem ser dotados de presunções, em contraponto às presunções contidas na declaração judicial transitada em julgado?*

Um exemplo deve ser apresentado: demanda fundada no art. 966, III, do CPC, contendo a afirmação fática de que ocorreu coação da parte vencedora. A falta de contestação enseja a presunção de veracidade dos fatos suscitados na peça de ingresso?

A resposta é negativa. As presunções advindas do título executivo, da estabilização decorrente da coisa julgada, e da própria eficácia preclusiva (art. 508, do CPC), prevalecem em relação aos eventuais efeitos materiais decorrentes da revelia. A preservação da garantia constitucional da coisa julgada apenas poderá ser superada em caso de apreciação e acolhimento do pedido meritório desta demanda.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, ainda com fundamento no art. 319, do CPC/73 que: "os efeitos da revelia, previstos no artigo 319 do CPC, não incidem no âmbito da ação rescisória, por força do princípio da preservação da coisa julgada" (AgRg na AR 3867 / PE – Rel. Min. Marco Buzzi – 2ª Seção – J. em 12/11/2014 – DJe 19/11/2014).

Na Ação Rescisória 3341/SP (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – Rev. Min. Maria Thereza de Assis Moura – 3ª Seção – J. em 14/12/2009 – DJe 01/02/2010), consagrou a 3ª Seção da Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA

7 E outras decisões que não são de mérito, mas impedem nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso (art. 966, §2º, do CPC).

> POR INVALIDEZ. RURÍCOLA. VIOLAÇÃO DO ART. 485, INCISOS V E VI, DO CPC. REVELIA. ART. 319 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Em observância ao princípio da preservação da coisa julgada não incidem sobre a rescisória os efeitos da revelia previstos no art. 319 do CPC. 2. Não prospera a alegação de que os advogados que atuaram no processo originário não tinham poderes para representar a ré, seja porque do exame dos autos não se pode concluir, efetivamente, pela ausência de poderes do causídico que subscrevia as peças, seja porque seria incabível a extinção do feito sem que se desse a oportunidade, à parte autora, à época, da regularização de sua representação processual. 3. Não tendo a questão sobre a qualidade de segurada sido objeto de análise do acórdão rescindendo, a matéria não pode ser discutida em ação rescisória, uma vez que o STJ limitou-se a decidir acerca do termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez. 4. O relatório apresentado pelos auditores fiscais da Previdência, per se, não traz a carga probante necessária a ilidir o conjunto probatório confirmado nas instâncias ordinárias, sobre o qual o manto da coisa julgada já operou o seu efeito. 5. Ação julgada improcedente" (AR 3341 / SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – Revisora Min. Maria Thereza de Assis Moura – 3ª Seção – J. em 14/12/2009 – DJe 01/02/2010).

Em outra situação, a 1ª Seção do Superior Tribunal enfrentou rescisória e *os efeitos da revelia em demanda proposta contra a fazenda*:

> AÇÃO RESCISÓRIA. ANISTIA. PORTARIA INTERMINISTERIAL 372/2002, QUE INVALIDOU OS ATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO DE ANISTIA POLÍTICA AOS SUBSTITUÍDOS DO SINDICATO. SEGURANÇA CONCEDIDA SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI OU ERRO DE FATO. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. 1. A parte requerente não obteve êxito em demonstrar a violação a literal dispositivo de lei, visto que a tese firmada no acórdão rescindendo coaduna-se com a jurisprudência dominante nesta Corte Superior de que não incidem os efeitos da revelia em face da Fazenda Pública, visto que seus bens e direitos são considerados indisponíveis. Assim, cabe à parte autora comprovar o fato constitutivo do direito alegado. 2. A teor do inciso IX do art. 485 do CPC, é rescindível o provimento de mérito que seja resultado de erro consistente na consideração de fato emergente dos autos como inexistente ou, ao

> contrário, quando tratar como existente fato que, na verdade, não ocorreu; o erro, para ter força revocatória, deve incidir sobre a percepção dos fatos e não sobre a valoração jurídica dos mesmos; não se trata de um erro de juízo ou valoração da prova, mas de engano na percepção do fato em si, o que não se aplica ao caso em tela. 3. Ação Rescisória julgada improcedente" (AR 5407 / DF – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Revisor Min. OG Fernandes – 1ª Seção – J. em 10/04/2019 – DJe 15/05/2019).

Portanto, trata-se de situação jurídica diferenciada, que afasta a literalidade do disposto no art. 344, do CPC, devendo ser preservada a autoridade da coisa julgada e das presunções em favor do título executivo judicial, mesmo em caso de revelia em ação rescisória. A conduta contumacial do réu não permite o afastamento das presunções e da garantia constitucional da coisa julgada, devendo o feito tramitar regularmente, inclusive com a produção probatória se acaso necessária, até seu julgamento pelo Tribunal Competente.

O segundo procedimento que merece enfrentamento específico neste ensaio é o Mandado de Segurança. É dever ressaltar que, no *mandamus*, o impetrante pretende impugnar, em regra, ato administrativo, que tem as presunções de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, será que à *falta de informações ocasionam os efeitos materiais da revelia (art. 344, do CPC), em que pesem as presunções do art. 37, da CF/88*?

A resposta a esta pergunta pressupõe o enfrentamento de outra indagação: *quem é o sujeito passivo no mandado de segurança*, a autoridade coatora ou a pessoa jurídica de direito público? De acordo com as lições de Hely Lopes Meirelles:

> "O *impetrado é a autoridade coatora*, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples assistente do coator, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro do prazo para as informações, entre como litisconsorte do impetrado, nos termos do art. 19 da Lei nº 1.533/51"[8].

Contudo, há críticas ao posicionamento de que ocorre formação de litisconsórcio ou mesmo de assistência entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, bem como o que entende ser a própria autoridade coatora ré no

8 *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.57-58.

mandamus[9].

Destarte, Lúcia Valle Figueiredo ensina que:

> "O sujeito passivo do mandado de segurança será, sempre, a pessoa jurídica que deverá suportar os encargos da decisão do mandado de segurança. Destarte, sujeitos passivos serão sempre União, Estados, Municípios ou delegados de serviço público, sejam dirigentes de estatais ou concessionárias de serviço"[10].

Na prática forense, a consequência decorrente da decisão que concede a segurança não é, em regra quase absoluta, suportada pela pessoa física da autoridade que àquela altura praticou o ato impugnado, mas sim pela Pessoa Jurídica, mesmo sendo garantida a oportunidade recursal à própria autoridade coatora (art. 14, §2º, da Lei 12.016/09).

Assim, em que pese a existência de manifestações em sentido contrário, é razoável afirmar que a autoridade coatora não é *ré* no procedimento do mandado de segurança[11], mas mera informante, não devendo ser considerada a peça informativa como defesa, mas meio de prova[12]. Portanto, não haverá qualquer efeito material decorrente da revelia em caso de ausência ou intem-

9 Após citar a existência de duas visões interpretativas (a primeira de que a autoridade coatora é a ré e a segunda a própria Pessoa Jurídica, o sujeito passivo) entende Sidou: "argumentar que o ônus do processo de mandado de segurança são suportados, não pela autoridade coatora e sim pela pessoa jurídica de direito público, não afiança, por si, que é a pessoa jurídica a parte passiva da demanda, porque, se é verdade que essa é levada a absorver as conseqüências da sentença, não menos verdade é que a administração reserva-se agir regressivamente contra o seu agente, responsável pelos danos causados a terceiros, como previne o art. 37 § 6°, da Constituição" SIDOU, J.M Othon. "*Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 162.

10 *Mandado de segurança*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

11 O art. 9º, da Lei 12.016/09, ratificando o que antes era previsto no art. 3º, da Lei 4.348/64, manteve a obrigatoriedade de remessa dos documentos, por parte da autoridade coatora, ao representante judicial da pessoa jurídica, além dos Órgãos lá indicados. Tal ônus configura mais um argumento no sentido de que a autoridade não é parte no MS, mas mero informante, sendo-lhe assegurada a legitimidade recursal (na condição de terceiro – art. 14, § 2º, da Lei).

12 Nesse particular, há duas passagens de ensaio de Fredie Didier Júnior que merecem transcrição: "a participação da autoridade coatora restringe-se a prestar informações e completar a citação, comunicando ao ré a existência da demanda contra ele proposta. Empós, sai do processo. No momento da prolação da sentença, por exemplo, já é pessoa totalmente estranha ao feito, fato que a qualifica, neste momento, como terceiro". E, em seguida, defende corretamente que: "a participação da autoridade coatora, ao que nos parece, pode ser visualizada muito melhor de acordo com a teoria geral da prova: trata-se de colheita de prova, por escrito, feita em momento procedimental anterior ao da apresentação da defesa". *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança*. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 2002, pp. 370 e 371.

pestividade das informações[13].

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar precedentes indicando que não há a formação de litisconsórcio entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora[14].

No procedimento mandamental por, no mínimo, três razões, a falta ou a intempestividade das informações não pode gerar os efeitos materiais da revelia (art. 344, do CPC), a saber: *a) as presunções estão em favor do ato administrativo impugnado (art. 37, da CF/88); b) a autoridade coatora não é ré no MS, em que pese o posicionamento em sentido contrário; c) cabe ao impetrante, mediante prova pré-constituída, a comprovação de seu direito líquido e certo com o objetivo de desconstituir as presunções em favor do ato impugnado*.

Conclui-se, portanto, transcrevendo passagem do voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, aduzindo que, "a intempestividade das informações prestadas pela autoridade apontada coatora no mandado de segurança não induz a revelia, uma vez que ao impetrante cumpre demonstrar, mediante prova pré-constituída dos fatos que embasam a impetração, a ocorrência do direito líquido e certo" (RMS 11571 / SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 4ª T – J. em 13/09/2000 - DJ 23/10/2000 p. 142).

Por derradeiro, no que respeita à ação de desapropriação, há também a necessidade de enfrentamento específico quanto aos efeitos decorrentes da omissão do réu.

Esta ação de procedimento especial possui cognição restrita e limitada, cabendo ao expropriado limitar-se, em sua defesa, às matérias previstas no art. 20, do Decreto-Lei 3.365/41[15].

13 Luís Otávio Sequeira de Cerqueira entende, ao comentar o art. 7º, da Lei 12.016/09: "como as informações não têm propriamente natureza de defesa (*rectius*, resposta), não se pode falar em revelia ou preclusão em caso de inobservância do prazo pela autoridade coatora". GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Comentários à lei do mandado de segurança.* 3a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 109. Ainda no tema *natureza jurídica das informações*, ver QUARTIERI, Rita; ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. *Mandado de segurança.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

14 " PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE. LITISCONSÓRCIO E LEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. 1. Nos termos da Lei n. 12.016/2009, para o polo passivo do mandado de segurança deve ser indicada a autoridade que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. 2. Este Tribunal Superior tem entendimento pela não formação de litisconsórcio passivo, em mandado de segurança, entre a autoridade apontada como coatora e o ente federado ou entidade de direito público ao qual é vinculada, porquanto aquela atua como substituto processual. 3. Se não há razão para o reconhecimento de eventual litisconsórcio entre a parte impetrada e a pessoa jurídica à qual está vinculada, muito menos haverá para a inclusão no feito de entidade pública não relacionada com as atribuições da autoridade nem mesmo integrante da relação jurídico-tributária controvertida (...)"(REsp 1632302 / SC – Rel. Min. Gurgel de Faria – 1ª T – J. em 03/09/2019 - DJe 24/09/2019). No tema, ver AgRg no REsp 1191674-MG, AgRg no REsp 939149-MS, AgRg no Ag 663703-PE, AgRg no Ag 582947-BA.

15 "Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impug-

As questões a serem analisadas são se, *em decorrência da eventual revelia, há aceitação tácita do valor ofertado pelo ente expropriante*?[16] *A falta de contestação afeta a aceitação formal do ato expropriatório e o impedimento de propositura de outra ação visando sua desconstituição?* A rigor, isso não se refere à presunção de veracidade dos fatos, e nem de confissão, mas sim ao próprio mérito da ação expropriatória, pelo que não há aceitação tácita quantitativa e se torna necessária a avaliação judicial.

Demais a mais, em razão do disposto no art. 20, do Decreto-Lei 3.365/41, a revelia (e seus efeitos materiais) não pode ultrapassar o limite cognitivo da ação de desapropriação para alcançar eventuais matérias que devem ser objeto de ação própria.

Necessário, portanto, separar o assunto em duas vertentes: a) efeitos materiais da revelia – apenas em relação aos elementos fáticos e a cognição judicial da ação de desapropriação; b) necessidade de aferição do valor justo na ação de desapropriação, o que torna necessária a realização da perícia judicial. Logo, a revelia não induz qualquer aceitação em relação aos valores apresentados pelo Poder Público Expropriante[17].

Esse assunto não é novo nos Tribunais Pátrios. A Súmula 118 do extinto Tribunal Federal de Recursos consagrava que: "*na ação expropriatória, a revelia do expropriado não implica em aceitação do valor da oferta e, por isso, não autoriza a dispensa da avaliação*".

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema. Vale transcrever a ementa do AgRg no REsp 1414864 / PE (Rel. Min. Mauro Campbell Marques – 2ª T – J. em 06/02/2014 – DJe 11/02/2014):

---

nação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta".

16 O art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 indica o conceito de justa indenização, sendo desimportante, pelo menos no primeiro momento, o laudo elaborado pelo ente expropriante para a aferição desse requisito ou a data da imissão na posse (STJ- AgRg no REsp 1.438.111/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.5.2014; AgRg no REsp 1.436.510/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.4.2014).

17 "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. A REVELIA NÃO INDUZ ACEITAÇÃO TÁCITA DO VALOR PROPOSTO DO LAUDO ADMINISTRATIVO. ENTENDIMENTO AMPARADO NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE: RESP 1.466.747/PE, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 3.3.2015, RESP N. 35.520/SP, REL. MIN. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ 17.4.1995 E RESP. 618.146/ES, REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 19.12.2006. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II DO CPC/1973. NÃO HÁ NOS AUTOS QUALQUER ELEMENTO IDÔNEO QUE DEMONSTRE SER APLICÁVEL A EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONTEMPORANEIDADE DA AVALIAÇÃO À PERÍCIA JUDICIAL. ENTENDIMENTO DO STJ: AGRG NO RESP 1.570.680/RN, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 1.3.2016 E AGRG NO ARESP 134.487/PA, REL. MIN. SÉRGIO KUKINA, DJE 9.3.2015, DENTRE OUTROS. JUROS COMPENSATÓRIOS E ATUALIZAÇÃO. HARMONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE REPETITIVO. PARADIGMA: RESP 1.116.364/PI, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE 10.9.2010. AGRAVO INTERNO DO INCRA A QUE SE NEGA PROVIMENTO (...)" (AgInt no AREsp 253616 / PB – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – 1ª T – J. em 21/11/2017 - DJe 30/11/2017).

> DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO. CONTEMPORANEIDADE. AVALIAÇÃO JUDICIAL. ART. 26, DL 3.365/1941. PRETENSÃO. REEXAME. METODOLOGIA E CRITÉRIOS. LAUDO PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. REVELIA. EXPROPRIADOS. DESNECESSIDADE. ACEITAÇÃO OBRIGATÓRIA. OFERTA INICIAL. POSSIBILIDADE. DETERMINAÇÃO. PERÍCIA. SÚMULA 118/TFR. INOVAÇÃO RECURSAL. ADEQUAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO. PERÍODO DE INCIDÊNCIA. 1. Não se conhece do agravo regimental na parte em que impugna matéria não julgada na decisão monocrática porque não tratada na petição do recurso especial. 2. Assim, não tendo sido impugnada a questão a respeito da base de cálculo e do período de incidência dos juros compensatórios, tem-se aqui inovação recursal cujo exame não se faz possível. 3. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que julga as teses esposadas pela parte, mas de modo contrário a seus interesses e pretensão. 4. O valor da indenização por desapropriação deve ser contemporâneo à avaliação judicial (art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941), não se processando o recurso especial para a imprecação desse montante quando o expropriante almejar o reexame dos métodos e critérios utilizados no laudo pericial. Incidência da Súmula 07/STJ. 5. A revelia do expropriado não autoriza o acolhimento automático e obrigatório da oferta inicial feita pelo ente expropriante, não sendo dispensada a avaliação judicial. Súmula 118/TFR. 6. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesse extensão, não provido”[18].

Portanto, mesmo com a ocorrência de revelia na ação expropriatória, são mitigados os efeitos materiais e não há qualquer aceitação do *quantum indenizatório*, sendo necessária a realização de avaliação judicial para o alcance da justa indenização. Da mesma forma, a revelia não gera consequências fáticas em relação à demanda autônoma que pode ser ajuizada pelo expropriado, diante da limitação cognitiva desta ação de procedimento especial.

Como conclusão, além da própria análise atual acerca da mitigação dos efeitos decorrentes da revelia e da própria redação dos arts. 345 e 349, do CPC, estas três ações provocam reflexões importantes acerca de tão importante tema de direito processual.

18 No tema, ver também: STJ -AgRg no REsp 993680-SE; REsp 1466747-PE; REsp 35520-SP; REsp 618146-ES.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, é possível concluir que:

- Antes de analisar e, se for o caso, aplicar os efeitos decorrentes da revelia, é necessária a verificação se o réu foi efetivamente citado, a forma da citação e a indicação, neste instrumento, da advertência de que, à falta de defesa, será aplicada a penalidade processual da revelia (arts. 248, §3º, 250, II e 257, IV, do CPC).

- Por outro lado, é necessária interpretação quanto aos efeitos decorrentes da atitude contumacial do réu nas três ações de procedimentos especiais que possuem presunções em favor do autor ou garantia constitucional decorrente da estabilidade da coisa julgada.

- Constatada a falta de contestação (ou a sua intempestiva apresentação), dois efeitos estarão presentes e devem ser sopesados nas múltiplas situações práticas: a) *efeito material* (art. 344, do CPC) – presunção (relativa) de veracidade dos fatos alegados pelo autor, com a possibilidade de resolução antecipada do mérito (art. 355, II, do CPC); b) *efeito processual* – prazos com fluência a partir da publicação da decisão (art. 346, do CPC).

- A intenção maior da legislação processual de 2015, mesmo nas hipóteses em que se admite julgamento por presunção, é tentar buscar a resolução do mérito.

- Assim, inclusive em caso de revelia com a presunção de veracidade dos fatos *(efeito material)*, ainda assim é possível a apreciação livre pelo magistrado, bem como ao réu é garantida a contraprodução probatória, afastando os elementos constitutivos do direito do autor, ou mesmo apresentando as matérias de defesa que podem ser deduzidas a qualquer momento (art. 342, do CPC), desde que a manifestação seja a tempo de evitar o julgamento meritório antecipado pautado nas presunções decorrente da atividade omissiva, pelo que deve o mesmo ser afastado, permitindo o julgamento com as provas existentes nos autos, inclusive de forma contrária ao autor.

- A presunção de veracidade das circunstâncias fáticas elencadas pelo autor não é efeito material automático da revelia, devendo ser analisado cada caso concreto. O próprio art. 343, do CPC, elenca outras situações em que não há essa presunção.

- Na ação rescisória, os efeitos decorrentes da revelia são mitigados ou simplesmente afastados, em razão das presunções em favor do próprio título executivo judicial e da estabilização decorrente da coisa julgada material.

- As presunções advindas do título executivo, da estabilização decorrente da coisa julgada, e da própria eficácia preclusiva (art. 508, do CPC), prevalecem em relação aos eventuais efeitos materiais decorrentes da revelia. A preservação

da garantia constitucional da coisa julgada apenas poderá ser superada em caso de apreciação e acolhimento do pedido meritório da rescisória.

- No procedimento do mandado de segurança por, no mínimo, três razões, a falta ou a intempestividade das informações não pode gerar os efeitos materiais da revelia (art. 344, do CPC), a saber: *a) as presunções estão em favor do ato administrativo impugnado (art. 37, da CF/88); b) a autoridade coatora não é ré no MS, em que pese o posicionamento em sentido contrário; c) cabe ao impetrante, mediante prova pré-constituída, a comprovação de seu direito líquido e certo com o objetivo de desconstituir as presunções em favor do ato impugnado*.

- Na ação de desapropriação, são mitigados os efeitos materiais decorrentes da revelia e não há qualquer aceitação do *quantum indenizatório*, sendo necessária a realização de avaliação judicial para o alcance da justa indenização. Da mesma forma, a revelia não gera consequências fáticas em relação à demanda autônoma que, em tese, pode ser ajuizada pelo expropriado, diante da limitação cognitiva desta ação de procedimento especial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro.** Volume III – parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo Código de Processo Civil.** Revista Síntese – Direito Civil e Processual Civil, nº 97 (set-out 2015)

DIDIER JR, Fredie. **Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança.** In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 2002.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. **Comentários à lei do mandado de segurança.** 3a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança.** 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

LINS, Arthur Orlando. **A primazia do julgamento de mérito no Processo**

Civil Brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.** 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

QUARTIERI, Rita; ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. **Mandado de segurança.** São Paulo: Saraiva, 2011. SIDOU, J.M Othon. **"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

YARSHELL, Fávio Luiz; PEREIRA , Guilherme Setoguti J; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil Vol V (arts. 334 a 368).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

6

A PROBLEMÁTICA DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO NO ÂMBITO DA INTERVENÇÃO FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Júlia Guimarães Silva[1]
Advogada
Pós-Graduanda em Ciências Criminais pelo CERS
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO: Esta pesquisa apresenta como tema central a análise dos mandados de busca e apreensão genéricos no âmbito da intervenção federal do Rio de Janeiro e tem como objetivo expor a inconstitucionalidade e a ilegalidade desse instituto, criticando a seletividade do sistema penal. Para tanto, será levado em consideração o arcabouço doutrinário e o posicionamento dos Tribunais Superiores a esse respeito. Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o Código de Processo Penal e a Constituição Federal. O mandado de busca e apreensão genérico teve consequências não apenas jurídicas, mas principalmente sociais e, por isso, este artigo, que envolve reflexões acerca de qual recorte social recai esses mandados, busca denunciar a política de guerra às drogas e do direito penal do inimigo. Ao final, será demonstrado que a intervenção federal decretada no Rio de Janeiro foi inconstitucional e que o mandado de busca e apreensão genérico utilizado naquela situação representa uma violação das garantias processuais e uma afronta aos alicerces do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção Federal. Mandado Genérico. Seletividade Penal.

INTRODUÇÃO

De início, cumpre tecer algumas considerações sobre o mandado de busca e apreensão coletivo ou, como também é conhecido, mandando de busca e apreensão genérico. Esse tipo de mandado tem previsão constitucional e infraconstitucional, de modo que a análise deve ser feita em conjunto.

1 Advogada. Pós-Graduanda em Ciências Criminais pelo CERS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Na Constituição Federal, ele é citado no art. 5º, inciso XI, o qual prevê que o domicílio é asilo inviolável do indivíduo, havendo a possibilidade restrita de ingresso por meio de mandado judicial. Isso demonstra que o mandado judicial não é a regra, mas, pelo contrário, é a exceção. Ele interfere no âmbito de uma garantia constitucional, devendo, por isso, ser tratado com rigor legal. No âmbito infraconstitucional, a polêmica reside na interpretação do inciso I, do art. 243, do CPP, o qual será abordado mais à frente.

O supracitado instituto foi utilizado amplamente na Intervenção Federal do Rio de Janeiro e, devido à proporção tomada e à contemporaneidade dos fatos, pretende-se analisar os mandados de busca e apreensão nesse contexto.

A Intervenção Federal do Rio de Janeiro foi decretada pelo Presidente da República em 16/02/2018, ou seja, apenas 4 meses antes do início da elaboração dessa pesquisa. Os fatos decorrentes dessa medida federal, por serem muito novos, ainda não foram objetos de estudos de monografias, sendo necessário, portanto, que sejam desenvolvidos e aprofundados academicamente.

Ademais, é notório que o objeto aqui tratado teve grande repercussão no cenário nacional e internacional, tanto é que foi pauta da 39ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, no dia 20/09/18, em Genebra, não apenas por ser uma medida gravosa, mas também por ser emanada do alto escalão do Poder Executivo Federal. Fora isso, tem-se que tal medida afetou um grande número de pessoas e mobilizou vários setores da sociedade civil. Sem falar que ocorreu em um dos estados mais ricos e populosos da federação, fato que gera repercussões ainda maiores.

Os mandados de busca e apreensão coletivos foram constantemente veiculados na mídia, ascendendo um debate sobre violação de garantias constitucionais. E, quando o assunto é garantir direitos e coibir arbitrariedades, pontos sensíveis à Ciência do Direito, o assunto passa a ser do interesse de todos.

A situação fática trouxe à tona a problemática dos mandados de busca de apreensão coletivos, os quais foram usados no intuito de averiguar o porte de drogas e armas de fogo nas favelas do Alemão e na Cidade de Deus. Entretanto, por ser um tema novo e ainda pouco discutido, não há posicionamento pacifico da doutrina, nem tampouco da jurisprudência.

Os mandados genéricos expedidos no Rio de Janeiro tiveram consequências não apenas jurídicas, mas principalmente sociais e, por isso, a temática se torna tão rica. A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, através do núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e da Coordenadoria de Defesa Criminal, impetrou Habeas Corpus Coletivo contra as buscas e apreensões nas casas de quatro localidades das comunidades já citadas. Percebe-se, então, que o debate envolve reflexões acerca

do recorte social sobre o qual recai esses mandados.

É válido ressaltar, ainda, que a importância central da pesquisa reside em não se restringir a apenas uma abordagem teórica, mas sim em criticar a seletividade e demais nuances do Sistema Penal. O Direito é uma ciência social e, como tal, foi criada para servir às necessidades da sociedade.

O Estado deve se manifestar através dos limites legais, mas o que se percebe nas expedições dos mandados é justamente o rompimento desses limites. Os mandados de busca e apreensão coletivos tiveram consequências sociais e jurídicas de grande monta para a população e para Ciência Jurídica, de forma que esta pesquisa servirá como denúncia e terá um papel que vai além de um mero requisito para conclusão do curso.

Dessa forma, ante a necessidade de alertar para a infração das garantias constitucionais, é fundamental que essa temática seja trazida ao debate acadêmico a fim de ganhar visibilidade. Assim, por todo o exposto, é oportuno discorrer sobre o mandado de busca e apreensão coletivo.

1. INTERVENÇÃO FEDERAL: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E CONTEXTO DO RIO DE JANEIRO

Antes de tudo, é válido tecer alguns comentários sobre o instituto da intervenção federal. Primeiramente, faz-se necessário entender do que se trata. Nas palavras de Alexandre de Morais,

> a intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa a unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.[2]

A intervenção federal é uma medida de natureza política e se submete tanto ao controle político, exercido pelo Congresso Nacional, quanto ao controle jurisdicional, promovido pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, em razão da natureza da medida, o controle jurídico não adentra na questão do mérito, limitando-se a analisar se foram observados os dispositivos constitucionais, em especial, os que se referem ao procedimento de decretação. Constitucionalmente, a intervenção federal não tem previsão de sustação de garantias fundamentais e seu decreto deve seguir uma série de exigências, de modo que a própria Constituição impõe limites. O objetivo, portanto, é afastar ações arbitrárias.

2 MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 333.

Na Constituição Federal, o texto assim dispõe:

> "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
> I - manter a integridade nacional;
> II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
> III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
> IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
> V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
> a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
> b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
> VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
> b) direitos da pessoa humana;
> c) autonomia municipal;
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde."

Pela leitura do texto legal, nota-se que a intervenção tem três características marcantes: taxatividade, temporalidade e excepcionalidade. A taxatividade se verifica pelo rol *numerus clausus* que contém as hipóteses autorizativas do seu cabimento. A temporalidade está prevista no §1º do art. 36 da CRFB/88[3], posto que a redação estabelece que o decreto de intervenção especificará o prazo de execução da medida. Além disso, não se pode admitir que essa medida tenha duração extensa, pois isso não seria razoável e fugiria à noção de excepcionalidade, invertendo a lógica constitucional e transformando em regra o que deveria ser a exceção. Quanto à característica da excepcionalidade, é preciso perceber que o constituinte de 1988, ao redigir o caput do art. 34, quis destacar muito claramente essa noção, pois a expressão "não intervirá" privilegia o Princípio da Autonomia, consagrado no art. 18 da CRFB/88[4]. A autonomia é um valor inerente à organização do modelo

3 CRFB/88, art. 36, § 1º. O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas. [sic]

4 CRFB/88, art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

de estado federado e sua valorização demonstra coerência na estrutura da Constituição. Sobre essa excepcionalidade, Ivo Dantas faz o seguinte comentário:

> Inicialmente, deve-se atentar para um detalhe de fundamental importância, qual seja, o de que o preceito constitucional que admite a intervenção, o faz sob a forma de excepcionalidade, visto que o normal, e como já ficou visto nas páginas antecedentes, é que cada uma das pessoas jurídicas que compõem o Estado Federal, aja dentro da esfera de autonomia reciproca que lhe é própria.[5]

No que tange ao caso do Rio de Janeiro, cumpre delinear a contextualização dos fatos. O Rio de Janeiro sempre foi um estado marcado pela violência. Ele vive sob ocupação militar há bastante tempo graças aos decretos de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) que foram implementados desde a Copa do Mundo e as Olimpíadas para garantir a segurança e o consequente sucesso desses eventos. Diferentemente das experiências de GLO, nas quais as Forças Armadas agem em apoio e sob coordenação do governo estadual, os militares na intervenção federal passam a assumir oficial e diretamente o comando da política de segurança pública no estado, se sobrepondo, portanto, às polícias civil e militar e ao próprio governador.

Em relação à intervenção federal, é válido pontuar, em uma perspectiva histórica, que a primeira intervenção nesse estado aconteceu em 1937, durante a ditadura do Estado Novo, momento em que o comandante Ernani do Amaral Peixoto foi escolhido como interventor federal pelo então presidente Getúlio Vargas. Após esse episódio, desde a promulgação da Constituição de 1988 não se havia mais utilizado esse instituto. Todavia, em 16 de fevereiro de 2018, o ex-presidente Michel Temer, sob o fundamento de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (art. 34, III, CRFB/88), publicou o Decreto Presidencial nº 9.288/2018, estabelecendo a intervenção federal no Rio de Janeiro. Esse decreto foi um ato espontâneo e feito de ofício pelo Chefe do Executivo Federal. Posteriormente, foi realizado o controle político pelo Congresso Nacional.

No Senado, foram 55 votos a favor da medida e 13 contra ela, com uma abstenção. Na Câmara dos Deputados, o placar foi de 340 votos favoráveis a 72 votos contrários. Para entender em que contexto houve essa aprovação é importante conferir os argumentos usados pelos parlamentares[6]. O presidente da Câmara na época, Rodrigo Maia, afirmou que

5 DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Curitiba: Juara, 2014. P. 479.

6 CRISTALDO, Heloisa. Repórter da Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-02/relatora-diz-que-intervencao-federal-e-caminho-unico-contra-violencia-no>. Acesso em 20 fev. 2018.

> infelizmente, esta intervenção torna-se urgente e necessária porque o poder estadual exauriu sua capacidade para impor autoridade. O governo do Rio de Janeiro sucumbiu à desordem e, por isso, torna-se urgente e inadiável fazer prevalecer a ordem e levar de volta a paz de espírito às ruas do Rio de Janeiro e de todo o País.

Vários deputados também se manifestaram a favor da intervenção. Simão Sessim (PP-RJ) declarou que "94% da população do Rio de Janeiro, em pesquisa realizada ontem (19/02/2018), aprovou a medida. Com a intervenção federal, a segurança pública do Rio de Janeiro passa a contar com ações planejadas e cirúrgicas do serviço de inteligência das Forças Armadas". Já o deputado Júlio Lopes (PP-RJ) disse que "hoje quem vive em algumas localidades tem de pagar mesadas aos tráficos e às milícias para circular. É necessário intervir em áreas onde o estado não pode entrar, trata-se de garantir o domínio territorial".

A relatora do decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro, deputada Laura Carneiro (MDB-RJ), comentou o seguinte:

> Temos razões mais do que suficientes para que a intervenção seja o caminho único, neste momento, para refrear a violência, para requalificar os profissionais de segurança pública, para reestruturar seus órgãos e para desenvolver políticas sociais que permitam o retorno do bem social, da dignidade da pessoa humana, e sobretudo, que garantam a preservação da vida.

Entretanto, em que pese a maioria dos comentários favoráveis, o apoio parlamentar à intervenção não foi unânime. O senador Humberto Costa votou contra, argumentando que "não foram dados números sobre a criminalidade no Rio de Janeiro nos últimos meses; não foi dada uma previsão de gastos; não foi dado um planejamento sobre o resultado que se espera"[7].

Ante as graves consequências e grandes repercussões promovidas pela supracitada medida, o advogado Carlos Alexandre Klomfahs impetrou Mandado de Segurança contra o ato do Presidente da República, alegando que os requisitos para decretação da intervenção, quais sejam, a consulta prévia aos Conselhos da República e da Defesa, não haviam sido respeitados. A ação no Supremo (MS 35.534) foi da relatoria da Ministra Rosa Weber, que não conheceu da ação e negou seguimento em razão da ilegitimidade passiva para propositura.

Posteriormente, em 14/03/2018, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5915/DF), sustentando

7 Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/governo-vai-pedir-a-justica-mandado-coletivo-de-busca-e-apreensao-19022018>. Acesso em: 19 fev. 2018.

que: a) a intervenção é uma medida desproporcional e dispendiosa; b) não houve justificativa e fundamentação no Decreto; c) os Conselhos da República e da Defesa não foram ouvidos; d) essa intervenção na verdade tem natureza militar. Iniciada a ação, os autos foram remetidos, no dia 02/05/2018, à Procuradoria Geral da República. Após parecer da PGR (03/12/2018), manifestando-se pela improcedência do pedido, o processo, que estava sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi julgado em decisão monocrática no dia 28/02/2019. Nessa decisão, o ministro fundamentou que ação direta de inconstitucionalidade estava prejudicada em razão da superveniente perda de objeto, tendo em vista que o termo prefixado da intervenção no Estado do Rio de Janeiro ocorreu em 31/12/2018. Em decorrência disso, o processo transitou em julgado no dia 01/04/2019 e teve sua baixa definitiva em 05/04/2019[8]. É oportuno, todavia, registrar uma crítica à inercia e ao descaso da PRG, que demorou sete meses para se manifestar nos autos. Tal atitude impossibilitou a análise de mérito da matéria, o que frustrou as expectativas do autor.

Ainda sobre essa temática, é fundamental traçar uma diferenciação entre a intervenção federal e os institutos do estado de defesa e estado de sítio. Esses dois últimos fazem parte do chamado Sistema Constitucional de Crise. Segundo Marcelo Novelino,

> o sistema constitucional de crises deve ser informado por dois critérios básicos: necessidade e temporariedade. A necessidade pressupõe a ocorrência de situações de extrema gravidade a demandarem a adoção de medidas excepcionais para manter a estabilidade das instituições democráticas ou reestabelecer a ordem constitucional. A temporalidade impõe a limitação temporal do estado de legalidade extraordinária ao período em que a situação emergencial perdurar.[9]

Explicando melhor esse assunto, tem-se o comentário de Alexandre de Morais:

> O *Estado de defesa* é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde as antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração;

8 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5372424>. Acesso em: 12 out. 2019.

9 NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivum, 2015. P. 857.

> especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais.
> O *Estado de sítio* corresponde a suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de Defesa e obrigatoriamente o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo.[10]

Comparando esses três institutos, percebe-se semelhanças e diferenças. Todos eles se submetem a controles políticos e jurídicos. Além disso, todos têm caráter temporário, mas não da mesma forma. O estado de defesa prevê prazo de 30 dias, prorrogável uma única vez; ao passo que o estado de sítio, apesar de determinar esse mesmo prazo, não impõe limites à prorrogação, permitindo que ela dure enquanto durar o problema.

Ao correlacionar esses institutos, fica evidente o mau uso da intervenção federal no Rio de Janeiro. O decreto interventivo e suas consequências geraram muita polêmica no cenário nacional, por isso cabe analisá-lo com mais detalhes. Tal decreto foi genérico e não especificou com clareza suas condições de execução, se limitando a fazer menção ao art. 145 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

Como é sabido, a Administração Pública está submetida ao Princípio da Legalidade (art. 37, CRFB/88), ou seja, só lhe é permitido tomar alguma atitude que esteja pautada em normas previamente estabelecidas. Essas balizas são corolários do modelo de estado republicano e precisam ser respeitadas em nome da segurança jurídica, pois os administrados não podem ficar à mercê do livre arbítrio do Poder Executivo. A partir do momento em que o ato de execução da intervenção é redigido sem delimitar as condições dessa medida, abre-se margem para o que se conhece por "carta branca". Nesse sentido, é perceptível a incongruência do Decreto 9.288/2018, pois ele, apesar de tratar de uma medida gravíssima e que afeta todos os moradores do estado do Rio de Janeiro, só possui cinco artigos.

Fora isso, é relevante destacar o parágrafo único do artigo 2º do Decreto 9.288/18. O referido parágrafo estabelece que o cargo de interventor é de natureza militar. Significa dizer que esse cargo é integrado e condizente com o regime das Forças Armadas. Tal fato tem importantes consequências jurídicas, pois será a Justiça Militar a competente para julgar todos os eventuais crimes cometidos durante o período de intervenção.

Outrossim, transformar o cargo de interventor, que é eminentemente civil, em um cargo militar é inconstitucional. Isso porque apesar da intervenção permitir

10 MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 828.

a substituição da autoridade política estadual pela federal, essa autoridade sempre deve ter natureza civil, posto que serão adotados atos de governo. O interventor até pode ser militar, isto é, ter carreira militar, mas ele irá ocupar um cargo de natureza civil.[11]

Com relação a esse ponto, é necessário aqui fazer uma ressalva. Por causa da transformação da natureza do cargo de interventor, conforme acima explicado, passou-se a aplicar o Código Penal Militar. Todavia, no dia 13/10/17, o presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.491, a qual altera o CPM, cuja nova redação garante que as violações cometidas por militares no Brasil, mesmo quando estiverem apenas exercendo papel de polícia, serão julgadas exclusivamente por tribunais militares. Tal alteração, por ser anterior ao Decreto 9.288, já vale para o interventor carioca e suas tropas. É preciso atentar que essa nova lei se apresenta como uma manobra que visa a impunidade de crimes cometidos por militares, pois isso acaba com a possibilidade de julgamentos imparciais e independentes. Para a ONG Conectas Direitos Humanos, julgar crimes militares contra civis em tribunais militares equivale a uma "licença para matar"[12].

Além disso, a nomeação de um militar para um cargo civil produz um certo receio na população, uma vez que, na prática, as ações vão se assemelhar mais às de uma intervenção militar do que às de uma intervenção federal.

A intervenção federal é a antítese da autonomia de uma unidade da federação. Ela foi pensada no intuito de salvaguardar o Estado Federal como instituição. Dessa forma, ela deve ser interpretada à luz dessa finalidade. Significa dizer que os pressupostos desse tipo de intervenção são situações críticas, as quais podem pôr em risco a segurança e a unidade do Estado Federal, ou seja, o equilíbrio da federação. Ocorre que na intervenção do Rio de Janeiro não houve nenhuma ameaça ao Estado Federal, posto que não há nenhum movimento separatista ou coisa do gênero. Assim, fica evidente que a decretação da referida intervenção foi aplicada de forma indevida.

Ademais, é preciso mencionar a deturpação desse instituto. Essa intervenção se mostrou inconstitucional por macular garantias fundamentais como a inviolabilidade do domicílio, a presunção de inocência, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, entre outras. Entretanto, apenas as medidas do sistema constitucional de crise permitem, e ainda sim de forma regulada e limitada, a mitigação desse tipo de garantias. O que se verifica, portanto, é a utilização indevida da forma de intervenção federal para maquiar o que na prática é um estado de sítio.

11 ALMEIDA, Eloísa Machado de. Decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro é inconstitucional. **Justificando.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/02/16/decreto-de-intervencao-federal-no-rio-de-janeiro-e-inconstitucional/>. Acesso em: 29 out. 2018.

12 Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/16/Interven%C3%A7%C3%A3o-federal-no-Rio-as-justificativas-e-as-contesta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 29 out. 2018.

A intervenção federal e o estado de sítio são medidas distintas, não podendo ser confundidas ou misturadas. A diferenciação já começa na própria estrutura da CRFB/88, na posição em que esses institutos estão dispostos. A intervenção federal faz parte do Título III (Da Organização do Estado), ao passo que o estado de sítio está localizado no Título V (Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas). É necessário compreender também que, conforme explanado nos parágrafos anteriores, eles não se referem às mesmas situações, pois os bens jurídicos tutelados são distintos. Enquanto a intervenção federal visa proteger a integridade do Estado Federal, o estado de sítio, inserido dentro do sistema de crise, tutela a existência do próprio Estado e de suas instituições democráticas.

Não sendo o caso do Rio hipótese autorizativa de estado de sítio, não há como aplicar por analogia os mesmos desdobramentos e consequências inerentes a ele, isto é, a suspensão de determinadas garantias fundamentais. Logo, a utilização do art. 139, V, da CRFB/88[13], é uma inversão constitucional que não poderia nunca ser permitida. É preciso ter em mente que se trata de situações excepcionais e, por conta disso, a interpretação da norma constitucional precisa ser restritiva, não se admitindo que disposições do estado de sítio sejam usadas durante a intervenção federal.

Por todo exposto, fica evidente que a intervenção federal do Rio de Janeiro viola a Constituição Federal.

2. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO: CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

> Inicialmente, é preciso conceituar o que seria busca e apreensão. Pinto Ferreira define como "um ato de contrição judicial, por meio do qual a autoridade competente autoriza a procura e a apreensão de pessoa ou coisa determinada, para garantia do exercício de um direito"[14]. Lopes da Costa, por sua vez, entende que a busca e a apreensão não é medida preventiva em si, mas apenas meio de execução de medida preventiva ou satisfativa[15]. Desta opinião compartilha Humberto Theodoro Junior, complementando que "realmente é serventia da busca e apreensão tornar efetivas as medidas cautelares sempre que se haja de procurar a coisa ou pessoa e de mantê-la à disposição judicial"[16].

13 CRFB/88, art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) V - busca e apreensão em domicílio;

14 POVOA, José Liberato Costa. Busca e apreensão: teoria, pratica, jurisprudência. *Apud*. FERREIRA, Pinto. **Medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

15 POVOA, José Liberato Costa. Busca e apreensão: teoria, pratica, jurisprudência. *Apud* COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Medidas preventivas.** Belo Horizonte, 1958.

16 POVOA, José Liberato Costa. Busca e apreensão: teoria, pratica, jurisprudência. *Apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: LEUD, 1986.

É importante compreender que, embora esses dois termos (busca e apreensão) venham comumente associados, eles designam ações diferentes. A busca se refere ao ato de investigação e descoberta de algum elemento interessante ao processo penal. Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo conceitua como sendo "o ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura de pessoa, semoventes, coisas, bem como de vestígios da infração"[17]. A apreensão, por sua vez, ainda segundo essa autora, é "ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas, tornando-as indisponíveis, ou colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo"[18]. Apesar de normalmente, na prática penal, esses dois atos virem juntos, eles não precisam obrigatoriamente estar vinculados. É possível que eles sejam determinados isoladamente.

Deve-se ter em mente que a busca e apreensão tem caráter cautelar e sua regulamentação se dá no âmbito infraconstitucional, uma vez que se encontra inserida no Título VII do Código de Processo Penal. De modo geral, podemos afirmar que o instituto da busca e apreensão trata de medidas judiciais restritivas dos direitos individuais com o objetivo de assegurar provas ou indícios necessários à instrução processual.

Quanto à natureza jurídica, existem algumas divergências na doutrina. A maior parte dos doutrinadores entende a busca e apreensão como uma medida cautelar ou um meio de obtenção de prova. Todavia, Nucci defende que ela tem natureza jurídica mista, isto é, tanto a busca, quanto a apreensão, poderiam ser vistas, individualmente, como meios assecuratórios ou como meios de prova, ou ambos.[19] Em contraponto a Nucci, Renato Brasileiro afirma:

> Conquanto a busca e apreensão esteja inserida no código de Processo Penal como meio de prova (Capitulo XI do Título VII), sua verdadeira natureza jurídica é meio de obtenção de prova (ou de investigação da prova). Isso porque consiste em um procedimento (em regra, extraprocessual) regulado por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que pode ser realizado por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais).[20]

17 PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 1999. P.96

18 Idem Ibidem. P. 192.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 471.

20 BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015. P. 710.

Outro aspecto que merece destaque é o momento para realização da busca e apreensão. Não existe limitação ou pré-definição de quando essas medidas devem ser utilizadas, sendo possível aplicá-las tanto na fase policial, quanto na judicial. Dessa forma, tem-se que é completamente amplo o liame temporal desse instituto, não se sujeitando à preclusão.

Deve-se comentar também que o sujeito ativo desse tipo de busca, ou seja, quem a executa, é uma autoridade que pode ser judiciária ou policial. Ao passo que, o sujeito passivo é "o titular da esfera de posse, pessoal ou ambiental, em que se suspeita encontrar-se a pessoa ou a coisa que se busca"[21], conforme definição do douto Fernando da Costa Tourinho Filho.

Outro ponto que merece atenção é a redação do art. 241, do Código de Processo Penal. Observe o texto legal:

> "Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado."

A competência para decretação do mandado de busca e apreensão é indelegável e exclusiva do magistrado, de modo que, em consonância com o art. 242[22], só ele pode determinar, seja de oficio ou a requerimento de qualquer das partes (delegado de polícia ou ministério público). A partir disso, percebe-se que a primeira parte do art. 241 não está mais em vigor, pois, com base no impedimento imposto pela Constituição, não subsiste a possibilidade da autoridade policial, pessoalmente e sem mandado, adentrar em um domicílio. Dessa forma, tem-se que é exigido mandado judicial para limitar a atuação da polícia. No caso do juiz, quando ele próprio acompanhar a diligência, não se faz necessária a expedição de mandado, pois sua presença elide esse requisito.

É oportuno visualizar ainda as hipóteses de cabimento que autorizam a prática da busca e apreensão. Essas hipóteses delimitam os objetos e as finalidades dessa medida e estão enumeradas no art. 240 do CPP, conforme disposto abaixo:

> "Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
> § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
> a) prender criminosos;
> b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
> c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e obje-

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

22 CPP, art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

> tos falsificados ou contrafeitos;
> d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
> e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
> f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
> g) apreender pessoas vítimas de crimes;
> h) colher qualquer elemento de convicção.
> § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior."

Com base no acima explanado, infere-se que a busca poderá ser classificada em dois tipos (domiciliar ou pessoal), de acordo com o que se vai perseguir. Ademais, é valido mencionar que o rol do art. 240 é meramente exemplificativo. Significa dizer que se admite expedição de mandado para outras hipóteses semelhantes às elencadas no Código.

É importante frisar que o mandado é uma medida gravosa, pois irá afetar a esfera de direitos de quem sofre seus efeitos. Logo, ele deve seguir um procedimento específico para sua execução. O art. 245 prevê esse procedimento. Sobre isso, é relevante comentar que, em convergência com o disposto no art. 5º, XI, da CRFB/88, as buscas devem ser realizadas durante o dia; só sendo permitido o ingresso durante a noite com o expresso e inequívoco consentimento do morador. Além disso, a exibição e leitura do mandado é uma das formalidades fundamentais. Pela redação do artigo, fica claro que essas atribuições não são de caráter facultativo do executor, mas sim de caráter vinculado. Fato que demonstra a importância dessa leitura. Fora isso, deve-se pôr em relevo a previsão do § 7º[23]. Sobre ele, Guilherme Nucci faz o seguinte comentário:

> *Auto* é o registro escrito e solene de uma ocorrência. No caso da busca, haverá um registro detalhado de tudo o que se passou ao longo da diligência, bem como de tudo o que foi efetivamente apreendido, para assegurar a sua licitude e idoneidade, evitando-se futura alegação de abuso de autoridade ou questionamento sobre a origem da prova. É uma garantia tanto para o executor, quanto para o morador.[24]

23 CPP, art. 245, § 7º. Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4o.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 491.

Por último, cabe mencionar alguns aspectos relevantes sobre as repercussões no âmbito nacional do mandado genérico. A partir do momento em que foi publicado o decreto instituidor da intervenção federal no Rio de Janeiro, ocorreram várias manifestações de diferentes setores da sociedade civil. O debate sobre a problemática do mandado coletivo se iniciou a partir de uma declaração do então Ministro da Defesa, Raul Jungmann. Ele declarou que esse tipo de mandado já tinha sido usado em outras ocasiões e que "no lugar de você dizer rua tal, número tal, você vai dizer uma rua inteira, uma área ou um bairro. Aquele lugar inteiro é possível que tenha um mandado de busca e apreensão. Em lugar de uma casa, pode ser uma comunidade, um bairro ou uma rua"[25].

No dia 19/02/2018, após a declaração acima, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), junto com a Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB/RJ), publicou uma nota de repúdio contra os mandados coletivos de busca e apreensão. Alegaram, em suma, que tal expediente não é previsto em Lei e vai de encontro ao Código de Processo Penal e que, por ser limitador de garantias fundamentais, toda e qualquer medida cautelar jamais pode ser genérica. Caso contrário, haveria a violação constitucional da garantia individual de inviolabilidade do lar e da intimidade, colocando sob uma ameaça ainda maior os direitos da parcela mais desassistida da população. Além disso, eles também disseram que não se combate o crime organizado cometendo outros crimes, pois isso seria incompatível com a Democracia[26].

Além do mais, não foi só a OAB/RJ que se posicionou. Diante da flagrante ilegalidade, as OAB's de outros estados também emitiram opinião sobre o contexto carioca. A OAB/SE, por exemplo, enfatizou que a ausência de motivo concreto para a decretação da intervenção afronta o princípio federativo fundamental da organização política do Estado Brasileiro. Sustentou ainda que "a intervenção somente deve ocorrer em situações excepcionalíssimas, expressamente previstas e na forma autorizada no texto constitucional; do contrário, estaria aberta a porta para interpretações lenientes que admitiriam intervenções federais diárias em estados nos quais estivesse a ocorrer situação de comprometimentos da ordem pública próprias do cotidiano das sociedades complexas contemporâneas". Para a OAB/SE, o decreto interventivo não contextualiza e nem fundamenta adequadamente qual é o quadro fático do qual se conclua pelo "grave comprometimento da ordem pública"[27].

25 Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/governo-vai-pedir-a-justica-mandado-coletivo-de-busca-e-apreensao-19022018>. Acesso em: 19 fev. 2018.

26 Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/oab-ja-estuda-meios-de-impedir-a-aprovacao-dos-mandados-coletivos-na-intervencao-do-rio.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2018.

27 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/oab-ira-justica-uso-mandados-coletivos-intervencao>. Acesso em: 20 fev. 2018.

O Ministério Público, representado pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, e a Câmara Criminal do MPF, também emitiram nota repudiando a intervenção federal. Segundo os procuradores, o detalhamento do decreto é uma exigência constitucional criada exatamente para permitir mecanismos de controle político, social e judicial. Detalhamento esse que ficou em falta no decreto de Temer. Sobre o uso do mandado genérico, a manifestação foi no sentido de considerá-lo ilegal, uma vez que o CPP determina a quem deve se dirigir a ordem judicial. Ainda segundo os procuradores:

> os mandados em branco, conferindo salvo conduto para prender, apreender e ingressar em domicílios, atentam contra inúmeras garantias individuais, tais como a proibição de violação da intimidade, do domicílio, bem como do dever de fundamentação das decisões judiciais. Por outro lado, a expedição de ordens judiciais genéricas, destinadas a serem cumpridas contra moradores de determinadas áreas da cidade, importa em ato discriminatório, violando o disposto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.[28]

Cumprindo a sua missão institucional, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através do Defensor Público responsável pelo Núcleo de Direitos Humanos, se pronunciou no seguinte sentindo:

> Não podemos aderir ao discurso de estado de exceção para admitir medidas que legitimam a suspensão de garantias fundamentais em territórios marginalizados. Os estratos sociais mais vulneráveis, seja pela violência ou pela pobreza, merecem respeito de seus direitos constitucionais. A devassa domiciliar generalizada e indiscriminada, autorizada pelo Judiciário, é medida inconcebível no Estado Democrático de Direito. Fica difícil sustentar que a Constituição é levada a sério para todos e em todo território nacional[29].

Dessa feita, é notório que todos os auxiliares da justiça supracitados se posicionaram repudiando a intervenção federal e os mandados de busca e apreensão genéricos. Assim, depreende-se que a sociedade civil não apoiou essas medidas.

Quanto à perspectiva jurisprudencial, cabe desvendar como os Tribunais Superiores se posicionaram a respeito do uso desse tipo de mandado. Primeiramente, deve-se lembrar que, devido a sua especificidade e sua atualidade, a quantidade de decisões judiciais é bem reduzida. Em uma perspectiva regional, a título

28 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/ministerio-publico-federal-lanca-nota-tecnica-sobre-intervencao-federal-no-rio-de-janeiro>. Acesso em: 31 out. 2018.

29 LOZOYA, Daniel. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3444-Em-resposta-a-Defensoria-Justica-desautoriza-busca-coletiva-na-CDD>. Acesso em 28 out. 2018.

informativo, adianto que não há registros da utilização do mandado de busca e apreensão coletivo em Pernambuco.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, cumpre registrar que foi assentado o impedimento para realizar operações genéricas de busca e apreensão na favela Jacarezinho, na cidade do Rio de Janeiro. O ministro Sebastião Reis Júnior, relator do processo, destacou que a ausência de individualização das medidas de apreensão contrariava diversos dispositivos do Código de Processo Penal, assim como o artigo 5º da Constituição Federal.[30] O mandado de busca e apreensão coletivo tinha sido autorizado pelo TJRJ, motivo pelo qual a Defensoria Pública do RJ teve que recorrer ao STJ. Tal caso ocorreu antes da intervenção federal, mas já anunciava o que estaria por vir.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar a aplicabilidade do mandado de busca e apreensão genérico, declarou sua ilegalidade. Em recente decisão, cujo julgamento ocorreu em 6 de fevereiro de 2019, a 2ª turma do STF declarou ilícitas as provas obtidas em busca e apreensão realizada durante diligências da operação Publicano, que apurou esquema de propina e sonegação no âmbito da Receita Estadual do Paraná. Os ministros consideraram que a diligência foi ilegal, por ter sido realizada em local diverso do especificado no mandado judicial. Na oportunidade, o relator, ministro Gilmar Mendes, frisou ainda que o mandado de busca e apreensão, nos termos do artigo 243 do CPP, deve indicar o mais precisamente possível o local em que será realizada a diligência, não podendo haver mandado incerto, vago ou genérico.[31] Embora o caso julgado não esteja no âmbito da intervenção federal do RJ, percebe-se que o STF não acolheu o uso do mandado de busca e apreensão genérico.

Logo, ante o exposto, tem-se traçadas as principais considerações sobre o instituto do mandado de busca e apreensão.

2.1. CONFLITO INTERPRETATIVO: PROBLEMATIZAÇÃO HERMENÊUTICA ACERCA DO ART. 243 DO CPP

Primeiramente, é essencial entender, conforme explicado no tópico anterior, que é a legislação infraconstitucional, mais especificamente o Código de Processo Penal, que vai esmiuçar quando, como e em quais condições o mandado

30 Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 416.483. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe: 20/09/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702368565&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 out. 2019.

31 Mandado genérico de Moraes é proibido pelo próprio STF. **Migalhas.** Publicado em 16 de abril de 2019. ISSN 1983-392X. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI300495,31047-Mandado+generico+de+Moraes+e+proibido+pelo+proprio+STF>. Acesso em: 12 out. 2019.

de busca e apreensão pode ser utilizado. Os arts. 240 e 243 tratam do assunto e a principal controvérsia, que gerará a polêmica aqui discutida, reside na interpretação dada ao art. 243, *in verbis*:

> "Art. 243. O mandado de busca deverá:
> I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
> II - mencionar o motivo e os fins da diligência;
> III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.
> § 1o Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.
> § 2o Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito."

O supramencionado artigo trata dos requisitos formais para expedição do mandado. No inciso I, a expressão "o mais precisamente possível" é vaga e causa dúvidas hermenêuticas quanto a sua aplicação. A dúvida reside em saber a que exatamente a expressão se refere, bem como delimitar o que seria uma indicação precisa nos termos da lei.

Sobre a questão da vagueza na Ciência do Direito, João Maurício Adeodato afirma que é um problema de denotação, referência, descrição, ou seja, do alcance da expressão. Ele ensina ainda que quanto mais impreciso é o termo, mais maleável é o texto.[32] E é nesse fato que reside o perigo para o ordenamento jurídico. Por conta disso, torna-se fundamental que a interpretação da norma seja restritiva.

O mandado de busca e apreensão é a autorização para violar determinadas garantias constitucionais. Por esse motivo, é imprescindível que ele seja expedido seguindo rigidamente os ditames legais, a fim de evitar que sejam cometidas arbitrariedades. Contudo, no contexto do Rio de Janeiro, apesar da gravidade que essa medida impõe, os magistrados começaram a criar uma nova interpretação a partir da expressão "mais precisamente possível" para mitigar essas garantias e alcançar, a qualquer custo, a persecução penal. Sobre isso, importa registrar que a falta de representatividade dos magistrados, os quais não visualizam os moradores das favelas cariocas como sujeitos de direitos, é determinante para construção de interpretações como essa.

32 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 196/197.

O que a lei objetiva é a individualização da busca, que deve ser promovida com a cautela necessária para evitar que pessoas não envolvidas na investigação sejam constrangidas por uma violação desnecessária de sua intimidade. Em contrapartida, há quem defenda que, devido ao cenário do Rio de Janeiro ser peculiar em razão da sua geografia montanhosa, a qual propiciou a ocupação dos morros, seria impossível qualquer individualização de endereços, posto que as casas foram instaladas precariamente, sem logradouro definido. Assim, ante as circunstâncias, não haveria alternativa senão os domicílios serem devassados para que os agentes públicos pudessem apreender objetos ilícitos e prender criminosos.

A partir disso, verifica-se que a problemática do uso do mandado genérico se instaura entre definir se se trata de uma violação legal e constitucional ou de uma alternativa viável quando for impossível a individualização do imóvel.

Tendo em vista que o mandado de busca e apreensão é corolário do Princípio da Inviolabilidade do Domicílio, cabe fazer algumas considerações sobre ele. Direitos como a inviolabilidade do domicílio precisam ser protegidos, pois, antes de tudo, são manifestações dos direitos humanos. Conforme leciona Ivo Dantas, a natureza filosófica destes direitos e garantias é de direito natural, pois pertencem a essência do homem, não se configurando como uma dádiva ou *benesse* de qualquer Organização Política ou ordenamento jurídico-positivo[33]. Por isso mesmo, esse direito sempre foi tutelado pelas nossas Constituições. Fazendo uma pequena digressão histórica, nota-se o seguinte:

> "Estabelecia a Constituição de 1934: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescrita em lei" (art. 113, n. 16). Idêntica disposição se encontrava na Constituição de 1891 (art. 72, § 11). E era isso o que já prescrevia a Constituição do Império, com a diferença, porém, de se referir a cidadão e não a indivíduo.[34]"

Conforme demonstrado no panorama acima, a inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade civilizada. Ela engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e da tranquilidade[35].

33 DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro.** 3. ed. Curitiba: Juara, 2014. P. 389.
34 CASTRO ARAÚJO. **A constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. P. 276.
35 MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 55

O domicílio é tão prestigiado em nosso ordenamento que existe até um crime para quem o viola. Ele está tipificado no art. 150 do Código Penal: "Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. Pena - detenção, de um a três meses, ou multa." Além disso, o art. 248 do CPP[36] também reforça essa ideia de preservação da intimidade. Outrossim, também é possível aferir o prestígio do domicílio na ordem constitucional, pois ele, como garantia fundamental, está guardado sob a égide das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da CRFB/88)[37]. Dessa forma, através de interpretação sistemática, fica demonstrada a importância e a seriedade que deve ser dada ao domicílio, pois é incontestável a preocupação do legislador com esse tema.

Outro ponto que merece destaque é a interpretação do termo "domicílio". O conceito de domicílio se adequa perfeitamente ao caso do Rio de Janeiro, de modo que negar tal fato e agir com distinção seria menosprezar e desqualificar as casas apenas por elas se encontrarem numa região menos prestigiada da cidade. O fato de uma casa estar localizada numa favela não pode descaracterizá-la como local de intimidade, digno de proteção. Dessa forma, sendo tais propriedades imóveis reconhecidas como lares, aplica-se a elas a proteção da inviolabilidade de domicílio, não havendo razão para expedir mandados de busca e apreensão genéricos.

Outro aspecto importante de lembrar é que a única hipótese que dispensa a expedição de mandado especializado é a de busca em locais abertos ao público, como ruas, praças, estradas. Como o caso do Rio de Janeiro não se trata dessa hipótese, visto que a procura se dá em propriedades privadas, é notório que a presença do mandado específico é indispensável.

Deve-se perceber, ainda, que o mandado de busca e apreensão genérico não macula apenas o princípio da inviolabilidade do domicílio, mas uma série de garantias como a presunção de inocência, o direito à igualdade, o direito à intimidade e a necessidade de fundamentação das decisões. O art. 93, IX, da CRFB/88 prevê que todas as decisões do poder judiciário serão fundamentadas sobre pena de nulidade. Ora, diante disso, é possível inferir, mais uma vez, que não há cabimento para expedir mandados genéricos, pois eles não têm fundamentação legal.

Assim, não restam dúvidas que a norma do CPP deve ser interpretada à luz da sistemática constitucional, de forma que, para respeitar os supracitados princípios, tão caros ao nosso ordenamento jurídico, o mandado de busca e apreensão deve, obrigatoriamente, ser específico. Confirmando essa ideia, Dinorá Musetti

36 CPP, art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

37 CRFB/88, art. 60, § 4º, IV. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.

Grotti defende que "o mandado não depende de maior formalidade processual, mas a ordem não pode ser geral (ordem para revistar todas as casas de um logradouro, vila ou o que seja). A cada casa deve corresponder uma ordem singular"[38].

Além disso, é importante entender o ponto que se critica. Não se discute que a ordem de busca é emitida por autoridade competente, isto é, juiz togado e corretamente investido na jurisdição estatal. Não se discute tampouco que tal ordem apresenta objeto legítimo, qual seja, a apreensão de armas, munições e instrumentos destinados ou utilizados na prática de crimes (ex.: drogas). A ilegalidade reside, então, no fato do mandado ser expedido fora dos moldes do art. 243, ou seja, se o mandado não qualifica e nem individualiza a casa, ele não é válido porque não cumpriu os requisitos legais. Desse modo, o que se tem é uma falsa autorização, pois, não sendo completamente válido, a busca não estaria autorizada de fato. Esse mandado se resumiria, portanto, a uma manobra jurisprudencial, não encontrando nenhum respaldo legal.

Fora isso, ainda que no contexto do Rio de Janeiro não fosse possível fazer uma identificação formal, é factível que fosse feita a identificação por outros meios. Significa dizer que mesmo o imóvel não tendo dados governamentais, isto é, não tendo cadastro na prefeitura, não pagando IPTU ou não possuindo um endereço formal, é exequível que o magistrado o identifique através de suas características particulares como, por exemplo, tamanho, cor, material de construção, pontos de referências, etc. Assim, conclui-se que a falta de endereço formal não é motivo para se escusar do cumprimento da lei.

Ademais, deve-se levar em consideração que o mandado também tem como função delimitar, a depender do que se busca, o âmbito de atuação do executor. Para cumprirem sua missão, os executores estão autorizados a arrombar não só portões, portas e janelas de entrada e de aposentos internos, mas também gavetas, armários, cofres, caixas, arcas, ou qualquer móvel onde supuser encontrar-se o que buscam apreender[39]. Assim, por conta da gravidade evidente, inclusive com a possibilidade de causar danos patrimoniais, e para que o morador possa se acautelar contra arbitrariedades, urge mais ainda a necessidade de se especificar os termos, motivos e fins do mandado.

É interessante definir também uma distinção técnica entre os termos mandado de busca e apreensão coletivo e mandado de busca e apreensão genérico. O primeiro não infringe a ordem legal, pois cumpre todos os requisitos para sua expedição, tratando-se apenas de várias ordens compiladas em um mesmo documento. Ao invés de se ter vários mandados específico e individuais, teria apenas um

38 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** *Apud.* GROTTI, Dinorá Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição.** São Paulo: Malheiros, 1993. P. 291.

39 POVOA, José Liberato Costa. **Busca e apreensão: teoria, pratica, jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990. P. 40.

mandado específico, porém coletivo. Ser coletivo não implica necessariamente em ser genérico. Seria, portanto, uma manifestação da economia dos atos processuais. Já o segundo estaria em desacordo com os preceitos constitucionais por não respeitar os requisitos do art. 243, CPP. Todavia, no uso comum, esses termos se confundem e são usados como sinônimos.

Por fim, cabe fazer uma última reflexão. Se o grande problema é a viabilidade da individualização dos domicílios quando da expedição do mandado, por que não investir na fase de investigação para atingir os alvos corretos sem generalizar as medidas? O instituto da ação controlada é uma técnica especial de investigação, prevista expressamente na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Ela consiste em retardar os flagrantes para, agindo com a vantagem da surpresa, conseguir descobrir outras pessoas envolvidas na prática da infração penal; reunir provas mais robustas; ou recuperar o produto/proveito do crime. A ação controlada também tem previsão na Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850) e seu objetivo é capturar o que no jargão policial é conhecido como "peixe grande". Sobre esse tipo de ação, Renato Brasileiro faz o seguinte comentário:

> A depender do caso, é estrategicamente mais produtivo, sob o ponto de vista da colheita de provas, evitar a prisão prematura de integrantes menos graduados de determinada organização criminosa, pelo menos num primeiro momento, de modo a permitir o monitoramento de suas ações e subsequente identificação e prisão dos demais membros, notadamente daqueles que exercem o comando da *societas criminis*.[40]

Já que tantos recursos são dispendidos em atuações de guerra às drogas, porque não transferir esses recursos e esforços para técnicas de investigação que realmente tenham alguma efetividade? É mais fácil, mais cômodo e mais barato violar direitos de uma parcela já vulnerável e marginalizada da população do que respeitar e cumprir a lei.

Por todos os argumentos anteriormente expostos, fica inequívoco que a problemática do mandado genérico se trata de uma violação legal e constitucional, não podendo, em nenhuma hipótese, ser encarada como uma alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel, pois coadunar com o mandado genérico equivale a rasgar a Carta Constitucional. Nesse sentido, tem-se o pensamento de Luís Roberto Barroso: "se a norma afronta a Constituição, tornando-se inconstitucional, ela é inválida, *por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior"*[41].

40 BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015. P. 790.

41 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. *Apud.* BARROSO, Luís Roberto. **O direito**

3. CRÍTICAS AO MANDADO GENÉRICO: A RELAÇÃO COM A SELETIVIDADE PENAL

Em primeiro plano, é fundamental ter em mente que a função precípua do processo penal, dentro de um contexto de Estado Democrático, é frear e controlar as arbitrariedades do Estado-Juiz, opondo-se ao Autoritarismo. Deve-se explicar que na jurisdição penal autoritária os direitos fundamentais deixam de ser percebidos como limites à opressão do Estado e passam a ser encarados como óbices à eficiência repressiva e à ampliação do poder penal, gerando a sensação social de que tais direitos devem ser afastados em nome do bem comum.

Ao Estado é dada a prerrogativa de punir (*jus puniendi*), todavia essa prerrogativa não é absoluta e deve ser aplicada dentro dos parâmetros legais. O Direito *lato sensu* busca proteger bens jurídicos como liberdade e propriedade, porém o Direito Penal é o ramo que age com autorização estatal para violar esses bem jurídicos. Em uma observação superficial, soa contraditório que o próprio Estado viole aquilo que se comprometeu a proteger. Justamente em razão dessa linha tênue, as garantias processuais penais são indispensáveis, pois, ao revés, estar-se-ia diante de um Estado Autoritário.

Em sequência, é necessário compreender que o processo penal não se presta ao combate da criminalidade, não sendo essa sua função precípua. O processo penal é na verdade um instrumento de aplicação da pena, nos moldes definidos pela constituição, com o respeito categórico às garantias penais e processuais penais. Assim, agir em desacordo com isso é subverter a lógica do direito penal e destruir os alicerces do Estado Democrático de Direitos. Alicerces esses que foram cunhados de maneira árdua ao longo de décadas, não sendo admissível o seu desmonte. Nessa perspectiva, Ferrajoli comenta que "a teoria do garantismo penal visa imprimir ao Direito um novo papel, contrapondo-se ao juspositivismo vigente, a fim de adequá-lo aos valores constitucionais"[42].

Ora, se as garantias processuais devem ser protegidas a todo custo, sob pena de se instaurar um Estado Autoritário, o que justifica o uso do mandado de busca e apreensão genérico mesmo ele não tendo respaldo legal ou jurisprudencial?

Para responder a essa pergunta, faz-se necessário, primeiramente, rever brevemente o conceito de direito penal do inimigo. Jakobs, jurista alemão, propõe, na década de 90, uma bifurcação/dissociação subjetiva no direito penal: para as pessoas comuns, que eventualmente tenham cometido um erro, aplica-se o direito penal do cidadão, com todas as garantias e direitos inerentes à pessoa humana; para os inimigos sociais, aqueles que devem ser impedidos de destruir o orde-

constitucional e a efetividade de suas normas. São Paulo: Renovar, 1990. P. 168.

42 FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.) O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P. 94.

namento jurídico, intercede o direito penal do inimigo, no qual estão ausentes, flexibilizadas ou atenuadas as garantias próprias ao conceito de pessoa humana.

Jakobs arrola algumas particularidades desse tipo de direito penal, dentre elas: ampla antecipação da tutela penal (criminalização/imputação em um estágio prévio a lesões de bens jurídicos); punições desproporcionalmente altas; passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de luta para combater a delinquência; e supressão das garantias processuais.[43]

Na mesma senda, Zaffaroni entende que o inimigo é enxergado meramente como um ente perigoso ou daninho que deve ser contido, segregado, eliminado.[44] A figura do inimigo é cunhada pela elite dominante e tem raça e classe definidas. Todavia, esse conceito se molda a tudo que satisfaça os interesses dessa elite, adequando-se a pressões políticas e ficando sempre à mercê do juízo subjetivo e arbitrário do individualizador. A fragilidade e o preconceito fazem parte dessa classificação subjetiva, a qual castiga os inimigos, mas deixa impune os amigos.

Ademais, cumpre observar que o direito penal é desigual por excelência, reproduzindo as nuances do sistema social. A distribuição do status de criminoso guarda relação com a sociedade de classes, posto que o alvo desse status são as classes menos favorecidas do sistema de produção capitalista. Corroborando esse pensamento, tem-se o conceito de Direito Penal de Classes, elaborado por Cláudio do Prado Amaral, pelo qual "seriam sancionados com pena privativa de liberdade aqueles indivíduos de camadas sociais menos favorecidas, enquanto os autores da delinquência agressiva aos bens coletivos sofreriam penas não detentivas"[45].

Dessa forma, percebe-se que ao invés de controlar o poder estatal, o direito serve para ocultar as relações de dominação política, exploração econômica e controle social de uma população dita indesejada. Isso equivale a dizer que nem todos são iguais nem possuem o mesmo valor dentro da sociedade, de modo que o tratamento e respeito às garantias processuais penais também são divergentes. Nesse sentido, Fernanda Bargato afirma que "nos tempos modernos, juntamente com a ideia de raça e racismo, a racionalidade tornou-se um importante fator de exclusão dos seres humanos fora do padrão cultural dominante"[46].

Aliado a isso, soma-se as ideias de criminologia midiática e guerra às

43 JAKOBS, Gunther. La autocompresión de la ciencia del derecho penal ante los desafios del presente. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Coordinador de la versión espanola Francisco Munoz Conde. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. P.58-59

44 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico).

45 AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. P. 122.

46 GALLAS, Luciano. A diversidade cultural negada pela modernidade. **Revista do Instituto Humanistas Unisinos**. Edição 431. 04 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5255-fernanda-bragato-1>. Acesso em: 25 set. 2019.

drogas. Tais elementos vão marcar o contexto do Rio de Janeiro e ajudar a entender como a quebra das garantias fundamentais, na forma do mandado de busca e apreensão genérico, foi tão rapidamente aceita.

No que tange a midiatização do crime, salienta-se que o poder midiático exerce grande influência na sociedade, construindo estereótipos, alimentando medos e definindo o que é bom/ruim. A mídia, com seu comportamento teatral e novelesco, vai aterrorizar a população e pressionar os órgãos estatais em busca de respostas para a insegurança pública. São os meios de comunicação que vão propagar e fortalecer a noção de inimigo, fazendo com que essa noção cresça e adquira vários adeptos. Para a lei penal, não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, estabelecer um efeito simbólico.

Nesse diapasão, destaca-se o seguinte pensamento:

> "Nem sempre a mídia exerce um papel de imparcialidade e que não prejudique determinadas pessoas, ou seja, existem casos em que ela pode ser responsável por apontar determinadas pessoas como criminosas e, provocando uma ojeriza social, sugere um tratamento diferenciado com essas pessoas. Tem-se falado que a mídia pode eleger determinado sujeito que tenha potencialmente cometido um crime, como inimigo, retirando dele a condição de cidadão, e, portanto, provocando todas as consequências que disso advém"[47].

Com relação à chamada guerra às drogas, é relevante pontuar que o estado do Rio de Janeiro sempre foi marcado pela violência resultante do intenso conflito pelo monopólio do tráfico de entorpecentes na região. Embora se reconheça a importância de desmantelar organizações criminosas, pois não se defende aqui uma impunidade cega, deve-se levar em consideração que existem diferentes formas de se atingir tal objetivo.

Ao invés de despender recursos comprando onerosos armamentos, o Governo deveria engendrar esforços para criação de estratégias de investigação e infiltração em organizações criminosas. Já ocorreu, na localidade da Favela do Alemão, uma operação policial que conseguiu prender traficantes e gerar, de fato, resultados momentaneamente efetivos. Isso prova que um planejamento adequado, com o auxílio dos órgãos de inteligência, em forma de forças tarefas, pode ser uma alternativa para o combate ao crime sem que seja necessário transgredir direitos fundamentais e utilizar artifícios jurídicos.

Utilizar o mote de proteção à segurança pública é um argumento de fácil

47 PALADINO, Carolina de Freitas; GALVÃO, Danyelle da Silva. **A mídia como produtora de mais um inimigo.** Tipo: Inimigo. Organização de Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. P. 144.

receptividade social. Todavia, a prevalência da segurança pública em detrimento das garantias fundamentais não é razoável, pois esses dois valores não deveriam ser ponderados, uma vez que os direitos fundamentais são muito preciosos ao ordenamento jurídico, não podendo ser dispensados. O custo de manter essa segurança pública, se é que ela está mesmo sendo mantida, é muito alto. O Estado não pode chancelar violações, pois isso seria inverter a lógica constitucional.

Sobre o assunto, o professor de Direito Penal da UFRJ, Salo de Carvalho, comenta:

> A violência institucional das Forças Armadas radicaliza a crise. Trata-se de apenas uma aparente e momentânea sensação de segurança, que a população 'compra' devido ao momento de crise. Mas, inegavelmente, isso não resolve o problema e legitima formas ainda mais violentas de controle social.[48]

Recentemente, o governador recém-eleito do Rio de Janeiro, Wilson Witzel (PSC), afirmou que não iria diminuir a repressão sobre os narcotraficantes e que poderia, inclusive, recorrer a atiradores de elite para combatê-los. Ele também cogitou o uso de drones fabricados em Israel para abater narcotraficantes. Essas práticas são típicas de um contexto de guerra, o que não é compatível com o cenário brasileiro, de maneira que se afigura desarrazoado seu uso. Analisando as supracitadas declarações, nota-se que as táticas de guerras estão sendo encaradas com normalidade. E pior: são práticas que estão sendo esperadas e comemoradas pela população. Tais táticas, entretanto, são extremamente radicais, violentas, militarizadas e onerosas, motivos pelos quais deveriam ser repudiadas.

Diante do exposto, faz-se necessário examinar os dados numéricos extraídos do processo de intervenção federal. Segundo infográfico elaborado pelo instituto Observatório da Intervenção, foram registradas 206 violações até 30 de agosto de 2018. Dessas violações, o principal registro foi o de bala perdida, com 122 casos. Em seguida, está homicídio com 26 ocorrências. Ocupando o terceiro lugar, tem agressão física com 21 casos e, em sequência, tem excesso de uso da força com 20 violações. Por último, há outras violações contabilizando 6 registros.[49] O que se verifica é que a violência, ao invés de diminuir, como foi amplamente prometido, aumentou. Ocorre que o aumento atingiu um recorte social que não tem visibilidade no cenário nacional. Por tal motivo, paira a falsa sensação de segurança.

48 RODAS, Sérgio. Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. Revista **Consultor Jurídico**, 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>. Acesso em: set. 2019.

49 Disponível em: <http://www.observatoriodaintervencao.com.br/dados/apresentacao-de-infograficos/>. Acesso em: 17 set. 2019.

O Rio de Janeiro é o único estado do Brasil que tem um instituto dedicado à divulgação de dados numéricos na área de segurança (Instituto de Segurança Pública). Nas demais unidades da federação, essa tarefa fica a cargo da Secretaria de Segurança ou de um departamento da Polícia Civil. Segundo o ISP, 97% das pessoas mortas pela Polícia em 2018 eram homens, 77% negros ou pardos e 35% jovens de 18 a 29 anos[50]. Examinando esses dados, verifica-se, portanto, que a ação policial é dirigida. Significa dizer que a etiqueta de inimigo tem cor e classe definidas.

A guerra às drogas acaba possuindo um objetivo paralelo, qual seja, a perseguição aos negros pobres, posto que há a perpetuação dos mecanismos de exclusão. Se o intuito fosse, de fato, o extermínio das drogas ilícitas, as ações policiais deveriam ser voltadas para fronteiras, portos e aeroportos, que são os locais de maior concentração de entrada de drogas. Ora, será que os órgãos estatais desconhecem essa ideia? A resposta é negativa. O que ocorre é que o interesse político em atuar em outras áreas é bem maior. A repreensão às drogas acaba sendo, portanto, um pretexto que esconde o real objetivo da segregação, sendo a criminalização da pobreza e da negritude uma escolha política.

Todos esses fatores, quando agregados, caracterizam e solidificam um sistema penal seletivo. De acordo com Nilo Batista, "seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro"[51]. O mandado de busca e apreensão coletivo aparece nesse contexto como uma decorrência desse sistema.

Se o sistema penal tivesse 100% de eficiência, todos os brasileiros responderiam a algum processo criminal. Todavia, como essa eficiência é impossível, esse sistema trabalha através da seletividade, direcionando sua persecução para a parcela mais vulnerável da sociedade. Aliado a isso, deve-se lembrar que a polícia militar, que atua de maneira ostensiva, utiliza as prisões em flagrantes para alimentar esse sistema. Dessa forma, ela vai buscar os elos sociais mais fracos para conseguir cumprir suas metas.

Defende-se, portanto, que o direito penal seja um direito penal da ação e não um direito penal do autor, como frequentemente se pretende. Nas palavras de Zaffaroni, "um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode punir o ser, senão o fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta"[52]. A ideia de um mandado de

50 MAZZOCO, Heitor. Intervenção federal: os números da guerra civil no Rio de Janeiro. **Jornal O Tempo**. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/intervencao-federal-os-numeros-da-guerra-civil-no-rio-de-janeiro-1.2085409>. Acesso em: 18 set. 2019.

51 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 26

52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** Buenos Aires: Ed. Ediar, 1986. P. 91

busca genérico faz supor que há uma categoria de sujeitos naturalmente perigosos e suspeitos em razão de sua condição econômica e do lugar onde moram. Tal fato gera como consequência uma parcialidade descarada, com a perpetuação de desigualdades e preconceitos com relação aos moradores das favelas cariocas.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pontua-se que a intervenção federal decretada no Rio de Janeiro foi uma medida muito gravosa e controversa, pois, além de ter um caráter militar, foi genérica e não especificou com clareza suas condições de execução. Da análise, percebeu-se que a intervenção se mostrou como um artificio para perpetrar violações aos direitos fundamentais sob o pretexto de proteção à ordem pública. Sendo assim, a intervenção federal do Rio de Janeiro se afigura como inconstitucional.

Sabe-se que o mandado de busca e apreensão é a autorização estatal para violar determinadas garantias constitucionais. Por esse motivo, é imprescindível que ele seja expedido seguindo rigidamente os ditames legais e constitucionais, a fim de evitar que sejam cometidas arbitrariedades. Contudo, no contexto do Rio de Janeiro, apesar da gravidade que essa medida impõe, os magistrados começaram a criar uma nova interpretação a partir da expressão "mais precisamente possível" para mitigar essas garantias e alcançar, a qualquer custo, a persecução penal.

Ocorre que o uso do mandado de busca e apreensão genérico, não macula apenas o princípio da inviolabilidade do domicílio, mas uma série de garantias como a presunção de inocência, o direito à igualdade, o direito à intimidade e a necessidade de fundamentação das decisões. Foi constatado que esse tipo de mandado não teve adesão de parte da sociedade civil, sendo repudiado pelos órgãos auxiliares da justiça. Além disso, verificou-se que ele não possui respaldo jurisprudencial dos Tribunais Superiores, sendo, pelo contrário, considerado ilegal.

Em razão disso, infere-se que não há cabimento para expedir mandados genéricos. Todavia, examinado uma perspectiva processual penal, foi averiguado que o uso desse instrumento se explica por conta da noção de direito penal do inimigo e da política de guerra às drogas. O Poder Público classifica a parte indesejada da população como inimigo e busca combatê-la, segregando-a a todo custo através do sistema penal. Aliado a isso, tem-se a ideia de guerra às drogas, largamente disseminada e alimentada pelos meios de comunicação em massa, que incentiva o uso de ações e abordagens violentas por parte do Poder Público.

Assim, certifica-se que o uso do mandado de busca e apreensão coletivo é um exemplo da perpetuação da lógica da seletividade do sistema penal, uma vez que atinge o setor mais pobre e marginalizado da sociedade. O endereço de uma

pessoa, sua escolaridade, situação econômica ou cor da pele não podem ser fatores que legitimam a flexibilização das garantias processuais, sob pena de descaracterizar as bases do Estado Democrático de Direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro é inconstitucional. **Justificando.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/02/16/decreto-de-intervencao-federal-no-rio-de-janeiro-e--inconstitucional/> Acesso em: 29 de out. 2018.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** São Paulo: Renovar, 1990.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CASTRO ARAÚJO. **A constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Medidas preventivas**. Belo Horizonte, 1958.

CRISTALDO, Heloisa. Repórter da Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-02/relatora-diz-que-intervencao-federal-e-caminho-unico-contra-violencia-no> Acesso em 20 fev. 2018.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro.** 3. ed. Curitiba: Juara, 2014.

Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/ministerio-publico-federal-lanca-nota-tecnica-sobre-intervencao-federal-no-rio-de-janeiro>

Acesso em: 31 out. 2018.

Disponível em: <http://www.observatoriodaintervencao.com.br/dados/apresentacao-de-infograficos/>. Acesso em: 17 set. 2019.

Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/oab-ja-estuda-meios-de-impedir-a-aprovacao-dos-mandados-coletivos-na-intervencao-do-rio.ghtml> Acesso em: 28 out. 2018.

Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/governo-vai-pedir-a-justica-mandado-coletivo-de-busca-e-apreensao-19022018> Acesso em: 19 fev. 2018.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/oab-ira-justica-uso-mandados-coletivos-intervencao> Acesso em: 20 fev. 2018.

Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/16/Interven%C3%A7%C3%A3o-federal-no-Rio-as-justificativas-e-as-contesta%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 29 out. 2018.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5372424>. Acesso em: 12 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.) O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA, Pinto**. Medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GALLAS, Luciano. A diversidade cultural negada pela modernidade. **Revista do Instituto Humanistas Unisinos**. Edição 431. 04 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5255-fernanda-bragato-1>. Acesso em: 25 set. 2019.

GROTTI, Dinorá Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição.** São Paulo: Malheiros, 1993.

JAKOBS, Gunther. La autocompresión de la ciencia del derecho penal ante los desafios del presente. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Coordinador de la versión espanola Francisco Munoz Conde. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LOZOYA, Daniel. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3444-Em-resposta-a-Defensoria-Justica-desautoriza-busca-coletiva--na-CDD> Acesso em 28 out. 2018.

Mandado genérico de Moraes é proibido pelo próprio STF. **Migalhas.** Publicado em 16 de abril de 2019. ISSN 1983-392X. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI300495,31047-Mandado+generico+de+Moraes+e+proibido+pelo+proprio+STF>. Acesso em: 12 out. 2019.

MAZZOCO, Heitor. Intervenção federal: os números da guerra civil no Rio de Janeiro. **Jornal O Tempo.** Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/intervencao-federal-os-numeros-da-guerra-civil-no-rio-de-janeiro-1.2085409>. Acesso em: 18 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivum, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PALADINO, Carolina de Freitas; GALVÃO, Danyelle da Silva. **A mídia como produtora de mais um inimigo.** Tipo: Inimigo. Organização de Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 1999.

POVOA, José Liberato Costa. **Busca e apreensão: teoria, pratica, jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RODAS, Sérgio. Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-fede-

ral-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>. Acesso em: set. 2019.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 416.483. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe: 20/09/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702368565&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 out. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: LEUD, 1986.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 34. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** Buenos Aires: Ed. Ediar, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico).

7

A CAUSA DE PEDIR ABERTA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra
Advogada formada pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Pós-graduanda em Direito Processual Civil
Membra da Comissão da Mulher Advogada da OAB/PE
Jaboatão dos Guararapes

RESUMO: O objetivo do trabalho foi realizar uma análise crítica acerca dos aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) proposta no Supremo Tribunal Federal do Brasil – STF, em especial a causa de pedir aberta. A ADIn, no tocante aos seus aspectos processuais, tem sido diferenciada das demais ações judiciais pela doutrina constitucional e pela própria jurisprudência do STF, sendo-lhe atribuída uma causa de pedir própria. Diante de tal fato, buscou-se investigar se há fundamentos para respaldar essa diferenciação. Para discutir o tema, estudou-se a doutrina que examina a ADIn e a jurisprudência do STF, assim como a doutrina processual, a fim de estabelecer um comparativo entre o procedimento da ADIn e o conceito dos aspectos processuais para aferir sua compatibilidade com a doutrina constitucionalista que trata da ADIn.

PALAVRAS-CHAVE: Causa de pedir aberta. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Aspectos Processuais.

INTRODUÇÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) é uma ação prevista na Constituição Federal de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que integra o controle concentrado de constitucionalidade. Tendo em vista os reflexos de seu julgamento no bloco de constitucionalidade, a referida ação é, expressivamente, estudada por constitucionalistas.

Mas, além de ser um tema tipicamente constitucional, a ADIn é uma ação judicial e, como tal, possui aspectos processuais.

A referida ação se insere no âmbito do processo constitucional, que consiste no estudo referente ao conjunto de procedimentos, como sequência de atos, que objetiva permitir uma decisão judicial sobre a constitucionalidade de certas normas (processo de fiscalização da constitucionalidade). A respeito do tema, tomou-se como enfoque os aspectos processuais.

Tais aspectos, em breves palavras, têm sido analisados como questões peculiares na ADIn que culminam em excepcioná-la frente aos demais tipos de ações. Nesse sentido, é possível encontrar na doutrina que a ADIn supostamente prescindiria de algumas garantias referentes aos aspectos processuais, atribuindo, por conseguinte, mais poderes aos seus julgadores configurando o que se denomina de processo objetivo.

A partir dessa ideia de que a ADIn desencadeia um processo objetivo, afirma-se que a causa de pedir é aberta, sendo o Tribunal livre para escolher o fundamento de sua decisão. Questiona-se, assim, uma série de garantias fundamentais constitucionais que ficam comprometidas a partir da referida excepcionalidade da causa de pedir.

Diante disso, foi realizado um estudo analítico do aspecto processual da causa de pedir aberta na ADIn contemplando a análise doutrinária e jurisprudencial do tema e a essência conceitual dos referidos institutos processuais. Para tanto, o presente trabalho englobará a análise de literatura especializada, jurisprudência e legislação (brasileiras).

Com isso, objetiva-se: (i.) investigar as características da análise doutrinária e jurisprudencial acerca dos aspectos processuais, com enfoque na causa de pedir aberta da Ação Direta de Inconstitucionalidade; (ii.) examinar a causa de pedir aberta na ADIn a partir do âmbito do Direito Processual Civil brasileiro; (iii.) analisar de maneira crítica as considerações doutrinárias acerca da causa de pedir aberta no contexto da ADIn, com base nas definições dos aspectos processuais no âmbito do Processo Civil, para aferir se o que vem sendo descrito acerca do processamento da ADIn condiz com a aplicação prática do seu julgamento.

O presente artigo é voltado a contribuir para uma investigação processual mais precisa no âmbito constitucional, para uma melhor compreensão acerca da ADIn.

1. ABORDAGEM DOUTRINÁRIA ACERCA DA CAUSA DE PEDIR ABERTA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.1. LIBERDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NA CAUSA DE PEDIR ABERTA

É admitido pela doutrina[1] e pelo STF que a ADIn possui fundamentação livre. O tribunal não está vinculado aos argumentos apresentados pelas partes[2], devido à incidência da *causa aberta de pedir* no referido processo[3].

Destaca-se o posicionamento do STF sobre o assunto:

> Não obstante o mérito da iniciativa, o Tribunal — **considerando não estar vinculado à fundamentação jurídica do requerente, já que no controle concentrado de constitucionalidade a causa petendi é aberta** — deferiu liminar para suspender, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), o § 7º do artigo 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela Emenda Constitucional no 12/96 ('Os Poderes Executivo e Judiciário do Estado promoverão, nos municípios designados e nas datas marcadas para a realização das audiências públicas regionais pela Assembléia Legislativa, audiência pública a fim de prestar informações e colher subsídios para as ações pertinentes a seus respectivos âmbitos de competência.'), objeto da ação direta proposta pelo Governador do Estado, por alegada afronta aos arts.60, § 4o , III, e 63, I e II, todos da CF. ADInMC 1.606-SC, rel. Min. Moreira Alves, 18.9.97.[4]

Assim, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados[5].

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.p 38; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 356; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.543; MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272; BRUST, Léo. **Controle de Constitucionalidade**: a tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 60; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1209; CHEKER, Monique. **Reflexões sobre a causa de pedir no direito processual brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 90.

2 Sobre isso esclarece SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1207 que "o objetivo da causa de pedir aberta não é desprezar a fundamentação, mas sim garantir que sejam contemplados o máximo de fundamentos possíveis, não restringindo aos apresentados na inicial."

3 BRUST, Léo. **Controle de Constitucionalidade:** a tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 90.

4 STF. Informativo nº 84. Brasília, 15 a 19 de setembro de 1997. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo84.htm , acessado em 6.5.2019, às 23h. Nesse sentido também, a Rcl 14872 "Ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. Causa petendi aberta." (STF. Rcl 14872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31.5.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 28.6.2016 PUBLIC 29.6.2016).

5 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1209. No mesmo sentido, dispõe DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional:** controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113 e MARTINS,

Essa característica é abordada pelo STF e pela doutrina como algo excepcional às demais ações que de tão particular dá azo a que se atribua à referida ação a existência de uma suposta abertura na causa de pedir.

1.2. NATUREZA INQUISITORIAL REFERENTE À ABERTURA DA CAUSA DE PEDIR

Dentre os autores que tratam da causa de pedir na Ação Direta de Inconstitucionalidade, há[6] quem defina a atuação dos julgadores, nesse caso, como inquisitorial. Essa corrente atribui aos julgadores o protagonismo na condução do referido processo, tendo em vista a existência de aspecto político no referido julgamento[7].

Nesse sentido, considera-se impossível que, versando a Constituição sobre uma disciplina que se caracteriza por cláusulas gerais e conceitos de valor, seja negada ao seu intérprete a imensa faculdade de tomar decisões com certa autonomia[8].

Assim, entende-se como causa de pedir aberta a suposta amplitude inquisitorial da manipulação do objeto de controle pelos julgadores. Percebe-se, nessa vertente, uma grande ênfase na postura ativa dos julgadores decorrente da suposta abertura da causa de pedir.

1.3. A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE PARA A CAUSA DE PEDIR ABERTA

Há outra vertente na doutrina[9] que, por sua vez, define a causa de pedir, na ADIn seria diferenciada das demais, "aberta", pois possuiria limites na própria Constituição.

Esse também é um entendimento presente nos julgados do STF[10]. Segun-

Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272

6 DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.223.

7 DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 223.

8 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Controle de Constitucionalidade:** aspectos controvertidos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 99.

9 Nesse sentido, DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1207; MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**.1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 642.

10 EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 24 DA LEI FEDERAL Nº 9.651, DE 27.05.1998, QUE VEDA, AOS SERVIDORES OCUPANTES DAS CARREIRAS E CARGOS REFERIDOS NOS ARTIGOS 1º E 14, EXERCER ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE VIO-

do esse grupo, a "causa de pedir aberta é a causa de pedir que possui como parâmetro de debate e decisão a integralidade da Constituição"[11] e não apenas aquela apresentada pelos autores.

Nesse sentido, são analisados os limites desse parâmetro constitucional. Contudo, mesmo diante da submissão de toda matéria aos limites constitucionais, pondera-se não ser possível transpor na decisão a natureza da inconstitucionalidade (formal ou material) impugnada na petição inicial[12].

1.4. CAUSA ABERTA DE PEDIR COMO INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

Outra forma de considerar aberta a causa de pedir decorre da hipótese da inconstitucionalidade por ricochete[13]. Em outras palavras, seria a causa de pedir

LAÇÃO AOS ARTS. 62, 68, § 1º, II, 5º, XIII, 60, § 4º, IV, 131, 5º, II E XXXVI, E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. 1. A norma impugnada na presente Ação já teve sua suspensão cautelar indeferida por esta Corte, na ADI nº 1.754-9-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quando integrava a Medida Provisória nº 1.587-4, de 12.12.1997, depois convertida na referida Lei nº 9.651, de 27.05.1998. 2. É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, **na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da "causa petendi" formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor.** 3. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação. 4. Sendo assim, está prejudicado o requerimento de medida cautelar, já indeferida, por maioria de votos, pelo Tribunal, no precedente referido. (STF. ADI 1896 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1999, DJ 28-05-1999 PP-00004 EMENT VOL-01952-01 PP-00136)

11 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1207. Esse entendimento também é partilhado por DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional:** controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113 e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. No mesmo sentido entende MARTINS, Flávio**. Curso de direito constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, afirmando que a causa de pedir corresponde a total análise da norma como um todo ao crivo de todos os aspectos da Constituição.

12 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1207-1208. Nesse sentido, destaca-se entendimento do STF "1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.". (STF. ADI 2182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129 RTJ VOL-00218-01 PP-00060) (*grifos nossos*)

13 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais.** 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 39. No mesmo sentido, MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 543, o qual afirma que o STF está vinculado ao pedido da parte, todavia, a inconstitucionalidade por ricochete se faz uma exceção a essa regra. O referido autor entende que a amplitude da inconstitucionalidade por ricochete vai além das normas de fundamentação vinculada, abrangendo a análise de dispositivos não impugnados da norma.

aberta um meio de possibilitar que normas não impugnadas, derivadas da norma vergastada, também sejam objeto da ação e, por conseguinte, sejam declaradas inconstitucionais[14]-[15].

Entende o STF no sentido de estender a inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial, o que corresponde à Inconstitucionalidade por arrastamento[16] fundada na abertura da causa de pedir.

As normas a serem abrangidas pela "inconstitucionalidade por arrastamento" são as normas conexas à norma declarada inconstitucional[17], as quais perdem o sentido depois da nulidade dessa última, por isso o instituto da *causa petendi* não pode ser rigorosamente aplicado[18].

Nesse entendimento, segundo Daniel Neves, a regra da congruência entre a decisão e o pedido é excepcionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade[19], gerando a inconstitucionalidade por arrastamento.

Tudo isso afeta princípios, como o contraditório e a inércia da jurisdição[20], pois o juízo, ao decidir para além do que foi apresentado pelo autor, não oportuniza a defesa a se manifestar sobre a matéria extravagante. Ademais, corresponde a uma conduta ativa do juízo quanto ao objeto da demanda.

Destaca-se que, nessa vertente, a admissão da *causa de pedir aberta*, de regra preserva a raiz do pedido original elaborado pelos autores na inicial ou o preceito legal objeto da ação de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a cau-

14 Um exemplo dessa hipótese é justamente uma ação que impugne artigos de determinada Lei, que são regulamentados por decreto regulador, assim, caso se entendam as disposições da Lei inconstitucionais, pela causa de pedir nesse sentido, é possível que o julgador amplie o objeto da ação e passe a analisar a constitucionalidade do decreto também.

15 Esse entendimento tem sido amplamente aplicado pelo STF "Pedido julgado integralmente procedente, **com declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da suspensão funcional automática do Governador do Distrito Federal pelo mero recebimento da denúncia ou queixa-crime.**. (STF, ADI 4362, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018). No mesmo sentido, STF. ADI 4707, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017 e STF. ADI 1358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 PUBLIC 03-03-2015

16 STF. ADI 2982 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2006, DJ 22-09-2006 PP-00029 EMENT VOL-02248-01 PP-00171 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 53-59

17 No mesmo sentido, BRUST, Léo. Controle de Constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 60.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 1118.

19 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais.** 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 39. No mesmo sentido, PAIXÃO, Vivian D'Avila Melo. **Causa de pedir, coisa julgada e mutação constitucional.** *In* Reflexões sobre o código de processo civil: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro. – São Paulo: Editora Verbatim, 2018. p. 815.

20 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais.** 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 39.

sa de pedir aberta por arrastamento ocorre por conexão com os preceitos legais impugnados[21].

1.5. COISA JULGADA E CAUSA DE PEDIR ABERTA

Com relação à eficácia preclusiva da coisa julgada, segundo Marinoni, essa não corresponde a fator de limitação para os casos correspondentes à ação direta. Conforme o posicionamento do autor, o conceito da causa de pedir aberta suplanta a eficácia preclusiva da coisa julgada, devendo ser possível que tal matéria seja revista no controle de constitucionalidade[22].

Por outro lado, esse posicionamento não é unânime. O próprio STF entende de forma diferente[23], considerando o mesmo instituto da causa de pedir aberta. Segundo o STF, "como todos os fundamentos poderiam ser livremente analisados pelo tribunal, presume-se que todos tenham sido – ou possam ter sido – deduzidos"[24]. Por isso, não haveria de se falar em repetir a análise de matéria que supos-

21 BRUST, Léo. **Controle de Constitucionalidade:** a tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 56-57.

22 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1209.

23 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE. **O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem 'causa petendi' aberta.** É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Agravo regimental manifestamente infundado, ao qual se nega provimento. Condenação da parte agravante a pagar multa de cinco por cento sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da agravada, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. (STF. RE 431715 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 18-11-2005 PP-00008 EMENT VOL-02214-04 PP-00730 RTJ VOL-00204-01 PP-00390). No mesmo sentido, EMENTA: Recurso extraordinário. Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e de Direito de Natureza Financeira - CPMF (art. 75 introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional nº 21/99). - Tendo o Pleno desta Corte, ao julgar a ADI 2.031, relatora a eminente Ministra Ellen Gracie, dado **pela improcedência da ação quanto ao artigo 75, §§ 1º e 2º, introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional nº 21/99, isso implica, em virtude da 'causa petendi' aberta em ação dessa natureza, a integral constitucionalidade desses dispositivos com eficácia 'erga omnes'.** – Ademais, é de notar-se que, nesse julgamento, se afastou, inclusive, a alegação de ofensa ao artigo 150, I, da Carta Magna por causa da perda de eficácia das Leis 9.311/96 e 9.539/97 pela promulgação tardia dessa Emenda, bem como se firmou o entendimento de que Emenda Constitucional pode criar ou majorar tributo, além de se decidir que não ocorreu violação do disposto no artigo 60, § 2º, da Carta Magna pela supressão, por parte da Câmara dos Deputados, da expressão 'ou restabelecê-la', sem que a proposta houvesse retornado ao Senado. Recurso extraordinário não conhecido. (STF. RE 343818, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ 07-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02101-04 PP-00674). Em ambos os casos, tendo em vista a prévia impugnação da constitucionalidade de dispositivos da Emenda 21/99 e, por conseguinte, o posicionamento do STF sobre o mesmo, tem prevalecido o entendimento de que toda a matéria referente a emenda citada já foi apreciada de modo que os outros dispositivos não podem mais ser submetidos a apreciação pois a norma inteira já foi submetida a apreciação judicial, por meio da causa aberta de pedir, ainda que não haja expressa manifestação sobre todos os dispositivos,.

24 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1209.

tamente já foi analisada sendo, nesse entendimento, o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada compatível com a ação direta de inconstitucionalidade[25].

1.6. EFEITO POSITIVO DA DECISÃO QUE JULGA ADIN

Também está dentro das possibilidades proporcionadas pela causa de pedir aberta a declaração de constitucionalidade do ato impugnado[26].

Sabe-se, por óbvio, que a ADIn pleiteia em juízo a determinação da inconstitucionalidade de uma determinada norma. Porém, há casos de improcedência do pedido, ou seja, o Tribunal, em dissonância com o alegado pela parte autora, entende que a norma impugnada é constitucional.

Nesse caso, pelo seu posicionamento, o Tribunal declarará a norma constitucional, ainda que isso não tenha sido pedido pela parte autora. Essa declaração de constitucionalidade é entendida pela doutrina[27] e pelo STF[28] como decorrência da causa de pedir aberta.

---

25 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1209.

26 DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional:** controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113.

27 DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113; PAIXÃO, Vivian D'Avila Melo. **Causa de pedir, coisa julgada e mutação constitucional.** *In* Reflexões sobre o código de processo civil: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro. – São Paulo: Editora Verbatim, 2018 (p. 813-835). p. 822.

28 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. **Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem "causa petendi" aberta.** É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Agravo regimental manifestamente infundado, ao qual se nega provimento. Condenação da parte agravante a pagar multa de cinco por cento sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da agravada, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. (STF. RE 431715 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 18-11-2005 PP-00008 EMENT VOL-02214-04 PP-00730 RTJ VOL-00204-01 PP-00390). No mesmo sentido, EMENTA: Recurso extraordinário. Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e de Direito de Natureza Financeira - CPMF (art. 75 introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional nº 21/99). - Tendo o Pleno desta Corte, ao julgar a ADI 2.031, relatora a eminente Ministra Ellen Gracie, dado **pela improcedência da ação quanto ao artigo 75, §§ 1º e 2º, introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional nº 21/99, isso implica, em virtude da "causa petendi" aberta em ação dessa natureza, a integral constitucionalidade desses dispositivos com eficácia "erga omnes".** - Ademais, é de notar-se que, nesse julgamento, se afastou, inclusive, a alegação de ofensa ao artigo 150, I, da Carta Magna por causa da perda de eficácia das Leis 9.311/96 e 9.539/97 pela promulgação tardia dessa Emenda, bem como se firmou o entendimento de que Emenda Constitucional pode criar ou majorar tributo, além de se decidir que não ocorreu violação do disposto no artigo 60, § 2º, da Carta Magna pela supressão, por parte da Câmara dos Deputados, da expressão "ou restabelecê-la", sem que a proposta houvesse retornado ao Senado. Recurso extraordinário não conhecido. (STF. RE 343818, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ 07-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02101-04 PP-00674)

2. CONCEITO PROCESSUAL DA CAUSA DE PEDIR

Causa de pedir, como o próprio nome já enuncia, é o fundamento que leva o indivíduo a ingressar em juízo. Em outras palavras, causa de pedir é o porquê o autor pede tal providência[29].

No processo, a causa de pedir é identificada como "o conjunto de fatos e fundamentos jurídicos levados a juízo para justificar a pretensão esposada no pedido da demanda"[30]. Em outros termos, é o elemento de concatenação entre os fatos no mundo real e o arcabouço jurídico que respalda o pedido.

Segundo a doutrina, a causa de pedir é composta pelo fato e pelo fundamento jurídico[31] ou fato secundário e fato essencial[32]. Nesse sentido, independentemente da denominação, entende-se que a causa de pedir é formada pelo: a) aspecto jurídico, ou seja, o fato da vida que foi juridicizado e que, por conseguinte, tem significância jurídica e b) pelo fato da vida secundário que, apesar de não ter significado jurídico, complementa e robustece a disputa.

A causa de pedir é apresentada pelo autor na petição inicial e vai guiar todo o direcionamento do processo. É por meio do ato inaugural do processo que são particularizados acontecimentos produzidos pela dinâmica social, dos quais possa ser extraída uma consequência jurídica, que será a base para que o Poder Judiciário possa proferir a sentença[33].

Isso se dá, porque o julgador está vinculado à causa de pedir. Desse modo, a decisão deverá tomar por base exclusivamente os fundamentos jurídicos apresentados pelo autor na petição inicial[34].

Sobre os referidos fundamentos jurídicos é importante esclarecer que eles não se confundem com os dispositivos legais apresentados[35]. Fundamentos jurídicos, como foi dito, é um fato da vida tipificado, que tem relevância para o direito

29 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

30 JARDIM, Augusto Tanger. **A coisa de pedir no direito processual civil.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Versão parcial. p.21. Disponível em http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2451?mode=full. Acessado em 24 de março de 2019, às 8h30.

31 DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral. 17ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 551.

32 CHEKER, Monique**. Reflexões sobre a causa de pedir no direito processual brasileiro.** Brasília: ESMPU, 2014. p. 49. Nesse sentido também, TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 162.

33 TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 163.

34 DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral. 17ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 553.

35 Nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil:** uma anáise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012. p. 48.

e que compõe a causa de pedir das demandas. Por sua vez, para integrar a fundamentação da peça inaugural, a parte elenca o dispositivo que acredita respaldar o fato jurídico que apresentou.

Assim, percebe-se que, apesar de relacionados, o fato jurídico e o dispositivo são questões distintas. Ademais, possuem efeitos distintos, pois, enquanto o primeiro vincula o julgador, o segundo não[36].

Ressalta-se, aqui, que é função do magistrado categorizar o fato ao direito[37], então, caso haja erro na tipificação pela parte autora, os fatos jurídicos não estarão prejudicados. O juiz pode, em decorrência dos fatos, conceder o pedido fundamentando por outra norma[38].

Tal autorização processual ao magistrado é constatada nas diversas áreas processuais do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no processo constitucional como será analisado no ponto 3.1 do presente trabalho.

3. ANÁLISE DA HARMONIA ENTRE O CONCEITO PROCESSUAL DO INSTITUTO DA CAUSA DE PEDIR E A ABORDAGEM DA SUA OCORRÊNCIA NA ADIN

3.1. DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO POR DISPOSITIVO DIVERSO DO INDICADO NA INICIAL

Uma expressiva quantidade de doutrinadores[39] afirma que, na ADIn, a causa de pedir é aberta, tendo em vista que os julgadores são livres para fundamentar, independentemente dos dispositivos apresentados na petição inicial. Para essa vertente, tal ocorrência corresponde a uma excepcionalidade atribuída à natureza de controle constitucional da ADIn.

36 DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral. 17ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 553.

37 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 159.

38 DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral. 17ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 553.

39 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.p 38; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 356; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.543; MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272; BRUST, Léo. **Controle de Constitucionalidade**: a tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 60; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1209; CHEKER, Monique**. Reflexões sobre a causa de pedir no direito processual brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 90; DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1207; MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**.1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 642.

Contudo, ao analisar essa questão, percebe-se que isso não é algo exclusivo da ADIn e que também não afeta a causa de pedir.

Como foi exposto no presente trabalho, a causa de pedir, *stricto sensu*, corresponde ao fundamento jurídico, ou seja, ao fato que tem relevância para o direito. Assim, percebe-se que a causa de pedir é um acontecimento no mundo real, que é tipificado pelo ordenamento e tem significado jurídico.

Nesses termos, atenta-se que, em nenhum momento, foi associado o conceito da causa de pedir aos dispositivos, de modo que, os artigos de lei, indicados na fundamentação pelo autor, não fazem parte da causa de pedir. Com isso, alterar a fundamentação não altera a causa de pedir[40], o que, por conseguinte, desconfigura a possibilidade de vincular a alteração na fundamentação à hipótese peculiar de causa de pedir[41].

Ademais, a hipótese de alteração dos dispositivos indicados na petição inicial é uma possibilidade inerente a toda e qualquer demanda judicial. O juiz é o conhecedor do direito, então pode deparar-se com fatos que divergem do dispositivo utilizado na fundamentação pelo autor. Assim, independente da natureza da demanda, haverá alteração nos artigos que vão respaldar a decisão, mas não no fato fundante da demanda (causa de pedir); esse permanece intacto.

A não exclusividade dessa hipótese de alteração pode ser demonstrada por meio do seguinte exemplo:

> "a propositura de demanda destinada a anular negócio jurídico em razão de dolo da parte. Mantidos os fatos e a consequência jurídica (anulação do negócio), pode o autor ou o próprio juiz, posteriormente, afirmar que, na verdade não se trata de dolo, mas de erro, desde que seja respeitado o contraditório, devendo a parte contrária ser intimada para ter a oportunidade de se manifestar. Não há, aí, alteração da causa de pedir. Esta mantém-se íntegra: os *fatos* alegados são os mesmos e é idêntica a *consequência jurídica,* que, no exemplo aventado, consiste na anulação do negócio jurídico. Se, contudo, a mudança de referência dependesse da alteração dos fatos essenciais que foram narrados na petição inicial ou ocasionasse outra consequência, que não fosse a anulação do negócio, haveria, então, mudança da *causa petendi*."[42]

Com isso, constata-se que é equivocada a afirmação de que existe causa de pedir aberta na ADIn, devido a, nessa ação, ser possível a ocorrência de altera-

40 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012. p. 40.
41 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012. p. 44.
42 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil:** uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012. p. 44.

ção na fundamentação. Tal feito sequer diz respeito à causa de pedir, nem muito menos é uma hipótese excepcional. Em suma, não há qualquer alteração na causa de pedir, como também essa espécie de alteração não corresponde a uma exceção para a ADIn.

3.2. DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA NA ADIN

Conforme foi estudado no item 2.6, constatou-se que a doutrina também tem atribuído à suposta causa de pedir aberta a possibilidade de declarar constitucional a norma impugnada, em sede de ADIn.

Tal declaração de constitucionalidade é entendida como efeito positivo da decisão que julga a ADIn. Segundo a abordagem da doutrina[43], essa ocorrência é retratada como uma particularidade da ADIn, possibilitada pela suposta causa de pedir aberta atribuída a essa ação.

De fato, percebe-se um efeito positivo na declaração de constitucionalidade. Porém, tal característica, assim como a fundamentação por dispositivos diversos da inicial, não se relaciona à causa de pedir e nem é uma exclusividade da ADIn.

Primeiramente, é preciso compreender que esse efeito positivo em questão nada mais é do que a improcedência do pedido da inicial. Não se altera a causa de pedir em nenhum momento, apenas não é deferido o pedido dela decorrente, o que, por se tratar de uma demanda declaratória, gera, por conseguinte, a declaração em sentido reverso.

Assim, se o pleito é para declarar que "X" é "Y" e o juiz julgar improcedente a demanda, ter-se-á como consequência o posicionamento jurisdicional no sentido oposto, ou seja, "X" não é "Y". Isso faz parte da bilateralidade inerente às ações declaratórias de modo que, se o pedido de inconstitucionalidade de uma Lei "Z" for improcedente, deduzir-se-á por silogismo lógico que o juízo entende pela constitucionalidade da Lei "Z".

Tal bilateralidade, por sua vez, pode ocorrer em qualquer ação, confirmando ou declarando o oposto do que foi pedido por meio da improcedência da referida demanda. Óbvio que, declarar ou não a constitucionalidade da norma impugnada só ocorrerá nas ações de controle de constitucionalidade, porém, o que se está examinando é a raiz que torna isso possível, que é o efeito bilateral, o qual

43 DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113; PAIXÃO, Vivian D'Avila Melo. **Causa de pedir, coisa julgada e mutação constitucional**. *In* Reflexões sobre o código de processo civil: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro. – São Paulo: Editora Verbatim, 2018 (p. 813-835). p. 822.

é inerente a qualquer demanda declaratória, não sendo exclusividade da ADIn.

A presença desse efeito pode ser constatada facilmente em diversas outras ações. Para exemplificar isso, tem-se o que ocorre com a ação de reconhecimento de paternidade. Tal ação tem como objetivo reconhecer a existência da filiação entre suposto pai e filho, ou seja, tem natureza declaratória dos vínculos de paternidade supostamente existente as partes.

Uma vez proposta tal demanda, é pleiteado o reconhecimento da filiação. Porém, caso o juiz entenda que o referido pleito é improcedente, ocorrerá, por conseguinte, ainda que não expressamente, a declaração do "não vínculo de paternidade". Ou seja, a improcedência dessa ação resultará no reverso do que foi pleiteado pelo autor, tal como ocorre com a improcedência da ADIn[44].

Assim, resta provado que tal efeito não afeta a causa de pedir, não havendo qualquer necessidade de amparo de suposta abertura dela para que esse efeito ocorra. Do mesmo modo, demonstra-se também que tal ocorrência não é específica da ADIn ou das ações de controle, mas sim, de toda e qualquer demanda declaratória.

3.3. DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS POR ARRASTAMENTO

Outro aspecto que a doutrina caracteriza como vinculado à causa de pedir aberta é a ocorrência de inconstitucionalidade por arrastamento. Segundo esse entendimento, a possibilidade de determinar, como inconstitucionais, dispositivos não elencados à petição inicial alteraria a causa de pedir.

Antes de adentrar a crítica a essa questão, é preciso, primeiro, compreender a inconstitucionalidade por arrastamento. Conforme foi analisado, essa hipótese de inconstitucionalidade pode ocorrer quando a norma impugnada possui normas diretamente a ela relacionadas por derivação, de modo que a inconstitucionalidade dos dispositivos indicados afeta a vigência de dispositivos não indicados. Por isso, esses, em prol da coerência no ordenamento jurídico, são declarados inconstitucionais.

Nesse sentido, percebe-se que a inconstitucionalidade por ricochete está associada a normas vinculadas àquelas impugnadas na inicial. Em uma ilustração da situação é como se a norma derivada estivesse contida[45] dentro da norma que

44 DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 113; PAIXÃO, Vivian D'Avila Melo. **Causa de pedir, coisa julgada e mutação constitucional**. *In* Reflexões sobre o código de processo civil: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro. – São Paulo: Editora Verbatim, 2018 (p. 813-835). p. 822.

45 A palavra "contida" é utilizada na abordagem no sentido de pertencimento a um conjunto maior, tal como dispõe os estudos matemáticos sobre conjuntos numéricos.

lhe deu origem.

Com isso, é possível concluir que a abertura para outros dispositivos não é propriamente uma abertura da causa de pedir. Como foi destacado existe, entre a norma impugnada e a norma declarada inconstitucional por ricochete, uma relação de derivação.

Assim, percebe-se que todas as inconstitucionalidades estão amparadas pela causa de pedir apresentada na inicial. Não há ampliação da causa de pedir uma vez que a norma derivada está contida dentro da norma impugnada.

Ademais, além da condição de englobamento da norma derivada dentro da norma originária, percebe-se que não há ampliação da causa de pedir ao contemplar a norma derivada na declaração de inconstitucionalidade em razão do vínculo da própria existência da norma derivada.

As normas originárias e derivadas estão dispostas tal como um tronco de uma árvore que possui galhos, representando o tronco a norma originária e os galhos as normas derivadas.

Caso haja algum problema no tronco e ele, porventura venha a apodrecer, sabe-se que tal condição de apodrecimento irá atingir todos os seus galhos. Da mesma forma tem-se que, quando há a inconstitucionalidade da norma originária isso comprometerá a existência constitucional das normas derivadas.

Nesses termos, não há alteração na causa de pedir; há apenas uma harmonização no ordenamento jurídico.

É possível identificar situações semelhantes em outras ações ao longo do sistema jurídico brasileiro. Um exemplo disso é no caso em que estão envolvidos um contrato principal e um contrato acessório. Se houver a anulação em Juízo de um contrato de compra e venda, o contrato de fiança perderá o sentido de existir. Com isso, o juízo, poderá declarar a nulidade do contrato acessório independente de pedido expresso, pela sua nulidade tácita.

Dispõe a legislação civil que o acessório segue o principal[46], de modo que há entre as duas obrigações contratuais uma relação de derivação. Dessa forma, fica claro que não há qualquer ampliação da causa de pedir, apenas uma compatibilização entre os instrumentos jurídicos firmados pelas partes, já que não é possível manter a obrigação acessória com a nulidade da principal.

Isso posto, conclui-se que a causa de pedir permanece intacta na hipótese de inconstitucionalidade por arrastamento. Assim como, se faz presente

46 Art. 184, CC: "Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal." **BRASIL**. **Código Civil, Lei 10.406**, *de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acessado em 05/05/2019 às 16h.

em outras ações no sistema jurídico brasileiro. Desse modo, resta descaracterizada a tachação de causa aberta de pedir da ADIn devido a inconstitucionalidade por ricochete.

3.4. DA IMPOSSIBILIDADE DE EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA DA ADIN DE MATÉRIA NÃO ANALISADA

Conforme foi apresentado anteriormente, a causa de pedir aberta tem sido atrelada à eficácia preclusiva da coisa julgada no sentido de que, uma vez que haveria a abertura da causa de pedir, todos os dispositivos da norma impugnada estariam submetidos à análise do Tribunal.

Nesse entendimento, a parte impugna dispositivo "X" da Lei "Y", mas, pela causa aberta ter-se-á supostamente a análise da Lei "Y" como um todo. Como consequência disso, ficaria vetada nova impugnação à constitucionalidade de qualquer dispositivo da norma "Y", inclusive os não impugnados anteriormente, uma vez que, em tese, eles já foram analisados e fizeram coisa julgada.

Primeiramente, é preciso esclarecer que a todos os elementos que formam a causa de pedir está vinculado ao dever de fundamentação, nos termos do art. 489, II, CPC. Dessa forma, caso se entenda que todos os dispositivos da norma impugnada fazem parte da causa de pedir e, por conseguinte, estão sujeitos a análise judicial, todos eles devem ser expressamente analisados e fundamentados na decisão.

Assim, o entendimento de que a análise efetiva apenas dos dispositivos impugnados é suficiente para englobar, na referida decisão, todos os demais dispositivos da norma, até os não analisados, não está em harmonia com a necessidade de fundamentação das decisões estabelecida pelo Código de Processo Civil. Segundo dispõe o art. 489, II, CPC, é dever do juiz fundamentar mediante a análise das questões de fato e de direito.

Desse modo, só podem se considerar inclusos na decisão os dispositivos efetivamente fundamentados e, por conseguinte, só se faz coisa julgada sobre esses. Assim, não é viável a eficácia preclusiva da ADIn com relação à matéria não efetivamente analisada.

Nesse sentido conclui-se que a causa de pedir não possui a extensão afirmada pelo entendimento do STF. Dessa forma, fica descaracterizada a abertura da causa de pedir referente à ADIn, tal como construída pela jurisprudência. Nesses termos, o que realmente é julgado e faz coisa julgada é a matéria que foi impugnada, ou seja, adstrita à causa de pedir tal como em qualquer outra ação.

Assim, demonstra-se a inocorrência concreta da eficácia preclusiva da matéria não especificamente impugnada na ADIn, em suposta abertura da causa

de pedir. Isso se limita à construção jurisprudencial equivocada que não coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível constatar que há diferenças consideráveis entre a abordagem da doutrina constitucional e a doutrina processual acerca do instituto da causa de pedir. Percebe-se que, em razão da sua conceituação distorcida, foi construída uma fundamentação equivocada acerca da aplicação do referido aspecto processual na ADIn.

Associada a questão conceitual, a ADIn é um procedimento *sui generis* no ordenamento jurídico brasileiro, pois envolve a definição da constitucionalidade ou não de uma norma. Dessa forma, por meio da junção desses fatores, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi construindo entendimentos de suposta excepcionalidade da aplicação do referido instituto à ADIn.

Isso, em breve síntese, resultou no entendimento de que na ADIn, a causa de pedir estaria dotada de peculiaridades que caracterizariam sua excepcional ampliação, denominada pelos doutrinadores e julgadores de causa de pedir aberta. Por sua vez, os efeitos práticos de tudo isso têm sido a total distorção do instituto da causa de pedir na ADIn.

Ao longo da análise do tema, ficou claro que o seu conceito não é bem assimilado pela doutrina constitucional nem pelo STF. Devido a isso, ordinárias alterações na demanda – tais como, fundamentar por dispositivo diverso da inicial, bilateralidade das demandas declaratórias, inconstitucionalidade por arrastamento e a coisa julgada – no contexto da ADIn, são entendidos como alterações, próprias das ações de controle, na causa de pedir.

Contudo, como foi visto, nenhuma dessas hipóteses diz respeito à causa de pedir. Todas elas são ocorrências que não têm aplicação exclusiva às ações de controle, ou seja, são identificadas em muitos outros casos, no sistema jurídico brasileiro, como foi demonstrado.

Com isso, constata-se que não existe respaldo para aplicar uma teoria específica à causa de pedir da ADIn, visto que ela não possui nenhuma particularidade que lhe seja própria e enseje sua segregação dos demais casos como "causa de pedir aberta".

A única hipótese que realmente poderia ser entendida como alteração na causa de pedir seria a possibilidade de impugnada inconstitucionalidade formal, o tribunal, ao invés disso, conhecesse a inconstitucionalidade material. Contudo, essa possibilidade não tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal[47].

47 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉ-

Desse modo, a partir de todas as abordagens da causa de pedir na ADIn analisadas no presente trabalho, conclui-se que de todas aquelas admitidas pelo STF, nenhuma possui qualquer justificativa para ocasionar diferenciações na causa de pedir.

Assim, conclui-se que é preciso haver uma maior sincronia entre as ações de controle, em especial a ADIn, e os institutos processuais, pois, apesar de essa ação ter teor constitucional, ela continua sendo uma ação judicial como as demais. Dessa forma, ainda que verse sobre uma matéria especialmente importante para todo o ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que ela atente aos procedimentos judiciais aos quais ela também está submetida.

Ademais, em sendo a ADIn uma ação de controle constitucional, ela deve ir além de atender aos procedimentos, deve ser exemplo para todas as demais ações. A função exercida por essa ação fornece a ela um destaque no sistema jurídico brasileiro, de modo que a faz referência para o Judiciário como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL**. Lei n.9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, nov, 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm acessado em 06/05/2019, às 21h.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acessado em 05/05/2019 às 16h.

BRUST, Léo. **Controle de Constitucionalidade**: a tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014.

RITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (STF. ADI 2182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129 RTJ VOL-00218-01 PP-00060) (*grifos nossos*)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHEKER, Monique. **Reflexões sobre a causa de pedir no direito processual brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil:** uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral. 17ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JARDIM, Augusto Tanger. **A coisa de pedir no direito processual civil.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Versão parcial. p.21. Disponível em http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2451?mode=full. Acessado em 24 de março de 2019, às 8h30.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**.1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais.** 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Controle de Constitucionalidade:** as-

pectos controvertidos. Curitiba: Juruá, 2011.

PAIXÃO, Vivian D'Avila Melo. **Causa de pedir, coisa julgada e mutação constitucional**. *In* Reflexões sobre o código de processo civil: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – Ceapro. – São Paulo: Editora Verbatim, 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF, ADI 4362, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018

STF. ADI 1896 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1999, DJ 28-05-1999 PP-00004 EMENT VOL-01952-01 PP-00136

STF. ADI 2182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129 RTJ VOL-00218-01 PP-00060

STF. ADI 2982 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2006, DJ 22-09-2006 PP-00029 EMENT VOL-02248-01 PP-00171 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 53-59

STF. ADI 4707, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017 e STF. ADI 1358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 PUBLIC 03-03-2015

STF. Informativo nº 84. Brasília, 15 a 19 de setembro de 1997. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo84.htm , acessado em 6.5.2019, às 23h.

STF. Rcl 14872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julga-

do em 31.5.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 28.6.2016 PUBLIC 29.6.2016.

STF. RE 343818, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ 07-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02101-04 PP-00674

STF. RE 431715 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 18-11-2005 PP-00008 EMENT VOL-02214-04 PP-00730 RTJ VOL-00204-01 PP-00390

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

8

AS CONDIÇÕES SOCIOECONÔMICAS DO SEGURADO COMO ELEMENTO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO CASO DE INCAPACIDADE PARCIAL

Leonardo Borba de Figueirêdo
Advogado Inscrito na OAB/PE sob o n.º 45.615
Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Membro da Comissão de Direito da Seguridade Social da OAB/PE
Membro da Associação dos Advogados Previdenciaristas de Pernambuco (AAPREV)

RESUMO: O presente trabalho visa estudar a consideração das condições socioeconômicas do segurado do Regime Geral da Previdência Social – RGPS como elemento para a concessão e manutenção do benefício de aposentadoria por invalidez e se este deve ser tratado como requisito para a concessão do benefício. O estudo será realizado através da análise exegética da legislação que embasa a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, principalmente no tocante ao conceito dado ao aspecto da 'invalidez', bem como através da análise do entendimento da Turma Nacional de Uniformização - TNU sobre o tema. Através desta observação, o presente estudo aponta que a consideração da avaliação das condições socioeconômicas, apesar de importante, não deve ser entendida como um requisito, mas sim um elemento componente da avaliação para a concessão da aposentadoria por invalidez. Para isso buscaremos distinguir os conceitos de requisitos e elementos, na medida em que consideramos requisitos como os pressupostos legais para a concessão do benefício, enquanto classificamos elementos como partes integrantes dos requisitos, que auxiliam na sua composição e verificação do cumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria por Invalidez. Incapacidade. Condições socioeconômicas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a avaliar o tema da consideração das condições socioeconômicas do segurado para efeitos de concessão da aposentadoria por invalidez, com o objetivo de identificar se esta avaliação deve ser encarada como um requisito essencial ou apenas como um elemento integrante do procedimento de concessão.

No primeiro capítulo faz-se um apurado histórico do desenvolvimento da proteção e da legislação previdenciária no Brasil com um enfoque na proteção do risco social da incapacidade, iniciado com a preocupação da proteção dos riscos oriundos do desenvolvimento das atividades laborais, universalizado pela Constituição Federal de 1988 e hoje regulamentado pela Lei n°. 8.213/91 e pelo Decreto n°. 3.048/99.

O segundo capítulo busca especificar quais são os requisitos trazidos pelas normas previdenciárias que regem a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, evidenciando algumas peculiaridades dos requisitos de carência e qualidade de segurado, dos procedimentos de habilitação e reabilitação profissional e da própria incapacidade. Ademais, se estabelece a diferença entre requisito e elemento, ponto crucial para o entendimento do pensamento desenvolvido.

O segundo capítulo busca trazer, ainda, a definição da incapacidade no âmbito da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e como a avaliação das condições socioeconômicas se encaixa neste conceito, demonstrando a sua posição de complementariedade à avaliação médica, podendo assumir um papel secundário ou um papel de destaque na avaliação do requisito. Traz-se, ainda, a visão do processo administrativo quanto à definição do que seria incapacidade e ao procedimento de perícia médica, bem como números de concessões e indeferimentos dos benefícios por incapacidade.

O terceiro capítulo busca tratar do entendimento pacificado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização – TNU sobre o tema das considerações socioeconômicas para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, como as posições do referido órgão corroboram o tratamento da referida avaliação como elemento integrante do requisito legal da incapacidade e como a atuação jurisprudencial delimitou a essencialidade da análise das condições socioeconômicas.

Com o presente trabalho tem-se o intuito de delimitar o instrumento da avaliação das condições socioeconômicas quando da concessão da aposentadoria por invalidez de modo a propiciar a melhor e mais individualizada aplicação da norma previdenciária de regência.

Com o trabalho tenta-se demonstrar que a análise das condições socioeconômicas é elemento de suma importância para a garantia do caráter social da prestação previdenciária, na medida em que garante uma materialidade aos princípios do Direito Previdenciário como a Proteção ao Hipossuficiente e a Dignidade da Pessoa Humana.

Na conclusão, através de um apanhado geral, busca-se ressaltar os pontos mais importantes da discussão, principalmente quanto à fixação dos requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, as condições socioeconômicas como elemento integrante do requisito da incapacidade e essencial para a regular avaliação do benefício e os limites dessa avaliação, concluindo pela necessidade de ampliação da avaliação das condições socioeconômicas como meio de busca para a efetividade da prestação previdenciária.

O estudo se justifica ante o fato de que a Previdência Social é o ramo da Seguridade Social que busca prevenir os segurados dos mais diversos riscos sociais. Ou prevenir os riscos sociais que o Estado entende como relevantes e possíveis de serem cobertos? Dentre estes riscos está a incapacidade total para o trabalho gerada pelo desenvolvimento de doenças ou em decorrência de acidentes. A cobertura do risco da incapacidade possui uma extrema importância para a sociedade, de modo a quanto mais individualizada e precisa aplicação das normas de regência, mais efetivo será o sistema previdenciário.

Por fim, a concretização da pesquisa se dará através de um estudo exegético da legislação previdenciária, mais precisamente da Lei Geral de Benefícios e do Regulamento da Previdência Social, com o apoio da doutrina previdenciária e do entendimento sedimentado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização – TNU, de modo a possibilitar a delimitação do tema da avaliação das condições socioeconômicas para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

No Brasil, a preocupação com o tratamento de prevenção dos riscos sociais aconteceu de maneira voluntária. O primeiro registro do desenvolvimento da Previdência Social no Brasil se deu através de iniciativas privadas e voluntárias, sem a intervenção direta do Estado brasileiro. As prestações de natureza previdenciária eram feitas através da criação de planos mutualistas que garantiam a prestação aos eventos previamente previstos.

A primeira manifestação legal sobre normas legais de previdência ou seguridade social aconteceu na Constituição Imperial do Brasil de 1824, a qual, em

seu artigo 179, XXXI previa o direito aos socorros públicos. Apesar da previsão constitucional, os socorros públicos eram atividades desenvolvidas pela iniciativa privada, não havendo, até o momento, a previsão de uma prestação eminentemente previdenciária por parte do Estado Brasileiro.

Entretanto, a primeira legislação específica sobre Direito Previdenciário data de 1888. Foi o Decreto nº. 9.912 de 26 de março de 1888, que regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos correios.

Mais especificamente no tocante aos benefícios por incapacidade, aposentadoria por invalidez foi prevista pela primeira vez pela Constituição Brasileira de 1981, a qual previu o benefício de aposentadoria em favor dos funcionários públicos em serviço da nação que contraíssem a invalidez, conforme seu artigo 75, o qual segue abaixo transcrito:

> Art. 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

A preocupação pela prevenção do risco social da incapacidade para o trabalho foi assumindo mais importância no cenário normativo brasileiro, tanto é que a Lei n°. 217, de 29 de novembro de 1892, previu a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e pensão por morte aos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro, bem como o Decreto 3.274/1919 passou a regular as obrigações resultantes dos acidentes de trabalho.

Vê-se, com isso, que a previsão de prevenção do risco social por invalidez se iniciou, principalmente, pela preocupação com os riscos decorrentes das relações de trabalho, isto é, as primeiras previsões de concessão de benefícios por incapacidade tinham relação com acidentes ocorridos durante o exercício das atividades laborais.

Em 24 de janeiro de 1923, foi editado o Decreto 4.682 que passou a ser conhecido como Lei Elói Chaves e considerado como o marco inicial de desenvolvimento da Previdência Social no Brasil. O referido decreto promoveu a criação de caixas de aposentadorias e pensões por morte para os servidores ferroviários e, com base nela, outras diversas caixas de aposentadorias e pensões passaram a ser criadas, beneficiando várias categorias de trabalhadores.

Acontece que as caixas de aposentadorias e pensões eram específicas para cada categoria, tanto no tocante ao custeio quanto às suas prestações. Isto é, as caixas mantinham a administração e a responsabilidade do sistema previdenciário nas mãos da iniciativa privada, cabendo ao Estado apenas a criação de instrumentos de regulação do seu funcionamento.

Sobre os benefícios por incapacidade a Lei Eloy Chaves se preocupou muito com a sua proteção. Mantendo a previsão da Constituição Brasileira de 1981, o Decreto 4.682/23 previu, em seu artigo 10, a possibilidade de aposentadoria por invalidez, ao passo que o artigo 13 definiu seus requisitos de concessão e o artigo 14 atribuiu às caixas de aposentadorias e pensões o dever de avaliação, através da realização de exames médicos, como requisito para a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez. Confira-se o teor do dispositivo:

> "Art. 10. A aposentadoria será ordinaria ou por invalidez.
> Art. 13. A aposentadoria por invalidez compete, dentro das condições do art. 11, ao empregado que, depois de 10 annos de serviço, fôr declarado physica ou intellectualmente impossibilitado de continuar no exercicio de emprego, ou de outro compativel com a sua actividade habitual ou preparo intellectual.
> Art. 14. A aposentadoria por invalidez não será concedida sem prévio exame do medico ou medicos designados pela administração da caixa, em que se comprove a incapacidade allegada, ficando salvo á administração proceder a quaesquer outras averiguações que julgar convenientes". (mantida a redação original)

O Decreto 4.682/23 previu, ainda, a possibilidade de prestação do que foi chamado de "socorros médicos". Segundo a previsão do artigo 9, os empregados ferroviários teriam direito a socorros médicos em caso de desenvolvimento de doença pelo segurado ou por pessoa de sua família que residisse sob o mesmo teto e mantivesse dependência econômica para com ele. O benefício de socorros médicos pode ser entendido, então, como o precursor do benefício auxílio doença nos moldes que possuímos atualmente.

A expansão das caixas de aposentadorias e pensões deu origem à criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAP, culminando com a Constituição Federal de 1934.

A Constituição Federal de 1934, então, trouxe uma mudança fundamental para que o Estado passasse a assumir o controle das prestações da previdência e assistência social. A referida norma previu, pela primeira vez, o custeio tripartite, segundo o qual o orçamento da Previdência Social seria composto por prestações advindas dos empregados, dos empregadores e do próprio Estado.

Quanto aos benefícios por incapacidade, é importante frisar a criação, pela Constituição Federal de 1937, do seguro invalidez e de vida, nos casos de acidente de trabalho, mantendo a preocupação e evolução à prevenção do risco social por invalidez.

Em 1960 foi promulgada a Lei n°. 3.807, que ficou conhecida como Lei

Orgânica da Previdência Social – LOPS, a qual foi responsável pela unificação das normas infraconstitucionais que tratavam sobre a Previdência Social, bem como deu um importante passo rumo à universalidade das prestações previdenciárias, uma vez que previu a inclusão de grande parte dos trabalhadores urbanos no sistema de prestação previdenciária.

Quanto aos benefícios por incapacidade, a LOPS manteve a previsão de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença, conforme as alíneas `a` e `b` do seu artigo 22, os quais seguem transcritos abaixo:

> Art. 22. As prestações asseguradas pela previdência social consistem em benefícios e serviços, a saber:
> a) auxílio-doença;
> b) aposentadoria por invalidez;
> [...]

O tratamento do seguro de acidentes de trabalho apenas passou a integrar a Previdência Social após a edição da Lei n°. 5.316 de 14 de setembro de 1967, integrando o tronco dos benefícios por incapacidade em conjunto com o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez. Além disso, o referido dispositivo legal foi o responsável pela previsão do benefício que conhecemos hoje como auxílio-acidente, uma vez que previa a concessão do benefício em caso de comprometimento permanente da capacidade laboral superior a 25%, na forma de parcelas mensais, integrando o salário de contribuição para o cálculo de outros benefícios não resultantes do acidente que o ensejou. Em caso de comprometimento igual ou menor que 25% da capacidade laboral, seria devida ao trabalhador indenização em parcela única.

Na esteira da unificação das normas previdenciárias, o Decreto n° 77.077, de 24 de janeiro de 1976, expediu a Consolidação das Leis da Previdência Social e em 1 de setembro de 1977 foi editada a Lei n°. 6.439, a qual instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, orientado, coordenado e controlado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, responsável pela proposição da política de previdência e assistência médica, farmacêutica e social, bem como pela supervisão dos órgão que lhe são subordinados e das entidades a ele vinculadas.

Finalmente, através da edição do Decreto 89.312, de 23 de janeiro de 1984, foi aprovada a Consolidação das Leis da Previdência Social.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma verdadeira revolução no sistema previdenciário, uma vez que passa a tratar o gênero da seguridade social, compreendido como um conjunto de ações coordenadas de maneira integrada com-

preendendo os temas de saúde, previdência social e assistência social. Previu um sistema de custeio único para o gênero de modo a promover uma maior integração entre os sistemas através do desenvolvimento das políticas públicas.

Assim mencionam Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro Macêdo:

> "A Constituição de 1988 passa a falar em seguridade social como um gênero abrangendo a previdência social, a assistência social e a saúde. A saúde passa a ser organizada como um sistema único (SUS), vindo a ser disciplinado pela Lei 8.080/1990"[1].

Segundo Daniel Paulino, com a Constituição de 1988, a Previdência Social assume um papel com a finalidade de "garantir condições básicas de vida, de subsistência, para seus participantes, de acordo, justamente, com o padrão econômico de cada um dos sujeitos. São, portanto, duas ideias centrais que conformam esta característica essencial da previdência social brasileira: primeiro, a de que a proteção, em geral, guarda relação com o padrão-econômico do sujeito protegido; a segunda consiste em que, apesar daquela proporção, somente as necessidades tidas como básicas, isto é, essenciais – e portanto compreendidas dentro de certo patamar de cobertura, previamente estabelecido pela ordem jurídica – é que merecerão proteção do sistema. Pode-se dizer, assim, que as situações de necessidade social que interessam à proteção previdenciária dizem respeito sempre à manutenção, dentro de limites econômicos previamente estabelecidos, do nível de vida dos sujeitos filiados"[2].

A consideração sistemática do gênero da seguridade social mediante a integração da previdência social com a saúde e assistência social enalteceram a importância da proteção do risco social da invalidez, do acidente e da doença, uma vez que a ausência de previsão de proteção na seara previdenciária poderia gerar um descompasso no sistema com relação aos seus demais componentes. Por isso, a Constituição de 1988 estabeleceu a proteção aos riscos sociais de doença e de invalidez, bem como manteve a previsão de concessão de benefícios por acidentes de trabalho.

Regulamentando as previsões da Constituição de 1988, em 24 de julho de 1991, entraram em vigor os dois diplomas fundamentais da Previdência Social, os quais moldaram o sistema previdenciário nos parâmetros que conhecemos hoje. A Lei n°. 8.212 dispôs sobre a organização da Seguridade Social e instituiu seu novo Plano de Custeio e a Lei n°. 8.213 instituiu o Plano de Benefícios da Previdência

1 DIAS, Eduardo Rocha, MACEDO, José Leandro Monteiro. Curso de direito previdenciário. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo. MÉTODO, 2010. P. 72

2 PULINO. Daniel. A Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro. São Paulo: LTR. 2001. P. 33.

Social e passaram a prever os benefícios que conhecemos atualmente.

A Lei n°. 8.213/91, conhecida como a Lei Geral de Benefícios, passou a regulamentar os benefícios por incapacidade no tocante aos seus requisitos autorizadores, carência e hipóteses de concessão e previu os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez acidentária, auxílio-doença acidentário e auxílio acidente.

A Emenda Constitucional n°. 20, de 15 de dezembro de 1998 trouxe uma primeira reforma na Previdência Social e trouxe como principais mudanças um limite de idade nas regras de transição para a aposentadoria integral no setor público, novas exigências para as aposentadorias especiais, mudança na regra de cálculo de benefício, com introdução do fator previdenciário.

Em 6 de maio de 1999, entrou em vigor o Decreto n°. 3.048, que ficou conhecido como Regulamento da Previdência Social e se tornou uma importante norma de auxílio para a regular aplicação dos benefícios da Previdência Social.

Quanto à evolução da legislação previdenciária, deve-se lembrar, ainda, das Emendas Constitucionais n°. 41/2003 e n°. 47/2005, que introduziram mudanças no regime previdenciário dos servidores públicos, porém não trouxeram mudanças significativas nos benefícios por incapacidade.

Por fim, merece destaque a Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, talvez a mais profunda reforma constitucional previdenciária que tivemos em nosso sistema. No tocante aos benefícios por incapacidade a principal mudança trazida é a forma de cálculo dos benefícios, bem como a denominação do benefício de aposentadoria por invalidez que passa a se chamar "aposentadoria por incapacidade permanente", contudo, apesar da mudança de nomenclatura, não houve alteração nos seus requisitos de concessão.

Vê-se que a legislação previdenciária muito evoluiu ao longo do tempo, contudo, se percebe que a proteção aos riscos sociais de invalidez, de doença e de acidente foi preocupação constante e vem sendo mantida desde os primeiros diplomas legais que regulamentaram a previdência e a assistência social, em um primeiro momento com os problemas advindos das relações de trabalho até atingirem a universalidade do sistema da seguridade social através da percepção da sua influência também nos sistemas de saúde e assistência social.

2. REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE (INVALIDEZ), O CONCEITO DE INVALIDEZ E A CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES SOCIOECONÔMICAS

O benefício de aposentadoria por invalidez é regulamentado, no Regime Geral da Previdência Social – RGPS, pelos artigos 42 a 47 da Lei n.º 8.213/91, conhecida como Lei Geral de Benefícios, e pelos artigos 43 a 50 do Regulamento da Previdência Social, o Decreto 3.048/99.

O *caput* do artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 assim dispõe que "a aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição".

A Lei Geral de Benefícios estabelece, então, três requisitos básicos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. O primeiro deles é ser o segurado dotado de qualidade de segurado e ter cumprido a carência mínima. Em regra, de acordo com o artigo 24 da Lei n.º 8.213/91, a carência mínima exigida para o benefício de aposentadoria por invalidez é de 12 (doze) contribuições mensais.

Nos termos do artigo 25 da Lei n.º 8.213/91, a "carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências". Isso ocorre, pois, apesar de a previdência social ser entendida como um seguro social, o seu funcionamento se baseia nas relações de seguro privado de modo que a prestação previdenciária exige, em regra, uma prestação por parte do segurado, que são as contribuições.

Assim, a carência pode ser entendida como um lapso temporal em que o segurado, embora esteja dotado da qualidade de segurado da previdência social, ainda não faz jus à percepção de determinado benefício e tem os objetivos de evitar fraudes e garantir o mínimo de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

Sobre os objetivos da instituição dos períodos de carência, assim lecionam Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo:

> "o período de carência, nas hipóteses de benefícios de risco imprevisível, tem por objetivo evitar a fraude, ou seja, diminuir a possibilidade de que o beneficiário já ingresse na previdência social tra-

> zendo consigo o risco coberto pela prestação previdenciária. Aqui o objetivo não é a constituição de reservas para financiar o benefício previdenciário. Já no caso dos benefícios programáveis, como as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial, o fundamento do período de carência é a constituição de reserva financeira para o custeio do benefício"[3].

Por outro lado, evidenciando o caráter social das prestações previdenciárias, existem hipóteses em que a carência é dispensada para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por incapacidade. São hipóteses de ocorrência de acidente de qualquer natureza, desenvolvimento de doença profissional ou, ainda, em sendo o segurado portador de alguma das doenças elencadas no artigo 151 da Lei n.º 8.213/91. A dispensa da carência é uma possibilidade legal que visa a prevalência da prevenção do risco social e proteção do segurado.

O segundo requisito é estar o segurado incapaz para desenvolver atividade capaz de garantir a sua subsistência. Quanto a este requisito, vê-se que a norma não especifica quais seriam os limites ou os parâmetros para a fixação da incapacidade, de modo que a sua avaliação é extremamente casuística e compete ao médico perito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Isto é, o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 delega à perícia médica administrativa a análise do preenchimento do requisito da incapacidade laborativa para fins de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

O Manual de Perícias do INSS[4] é o documento responsável por orientar a atuação dos peritos médicos na avaliação do cumprimento dos requisitos técnicos médicos para fins de análise dos benefícios por incapacidade e define a incapacidade para laborativa como "a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfopsicofisiológicas provocadas por doença ou acidente", determinando, ainda, que a incapacidade deve ser analisada com relação a três vertentes: o grau, a duração e a profissão habitual do segurado.

Quanto à invalidez, o Manual de Perícias Médicas afirma que esta se configura como uma "incapacidade laborativa total, permanente ou com prazo indefinido, omniprofissional/multiprofissional e insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, em consequência de doença ou acidente".

Para fins de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, o documento de orientação define que os Peritos Médicos devem considerar a gravi-

3 DIAS, Eduardo Rocha, MACEDO, José Leandro Monteiro. Curso de direito previdenciário. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo. MÉTODO, 2010. P. 183

4 Disponível em: https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf

dade e a irreversibilidade da doença ou lesão, a impossibilidade de determinar um prazo de recuperação e, por fim, a insuscetibilidade à reabilitação profissional.

Vê-se que as diretrizes administrativas se restringem a determinar os meios técnicos de apuração ligados à doença ou lesão, não havendo qualquer menção à análise do contexto social e econômico do segurado para fins de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Por fim, o terceiro requisito legal para a concessão da aposentadoria por invalidez é a impossibilidade de o segurado se sujeitar ao procedimento de reabilitação profissional.

A reabilitação profissional é um serviço de assistência educativa ou reeducativa, prestado pela Previdência Social que visa proporcionar aos segurados incapacitados ou portadores de deficiência os meios necessários à reinserção no mercado de trabalho em novas funções condizentes com a incapacidade por eles apresentada.

Segundo dispõe o art. 90 da Lei n.º 8.213/91 a submissão do segurado ao programa de habilitação ou reabilitação profissional é obrigatória aos segurados, "incluindo os aposentados".

A mesma imposição está presente no art. 101 da Lei n.º 8.213/91, o qual acrescenta a pena de suspensão do benefício caso o segurado deixe de se submeter ao exame médico ou procedimento de reabilitação. Confira-se:

> "Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos".

A obrigatoriedade de submissão dos segurados aposentados por invalidez ao programa de reabilitação profissional, em uma primeira análise, pode parecer contraditória, uma vez que, como disposto, o art. 42 da Lei n.º 8.213/91 impõe a impossibilidade de reabilitação como requisito para a concessão da aposentadoria por invalidez.

Entretanto, o sistema jurídico brasileiro decidiu por atribuir um caráter temporário ao benefício de aposentadoria por invalidez, tanto que a Lei n.º 13.457/2017 fez incluir o §4º no art. 43 da Lei Geral de Benefícios (Lei n.º 8.213/91) dispondo que "o segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente".

Corroborando o aspecto temporário do benefício de aposentadoria por invalidez, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT elenca o referido benefício como causa de suspensão do contrato de trabalho, admitindo, com isso, a possibilidade de recuperação do segurado empregado, oportunidade em que o seu contrato de trabalho voltaria à vigência. Confira-se o teor do *caput* do art. 475 da CLT:

> Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Sobre o direito de retorno ao trabalho, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 217, a qual expressa o entendimento de que "tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos, a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo".

Acrescentando ao caráter temporário imposto pela legislação, o benefício de aposentadoria por invalidez está intimamente ligado às condições de fato do segurado, condições estas que podem vir a mudar ao longo do tempo, o que pode impactar nos requisitos de concessão do benefício. Além disso, o desenvolvimento da tecnologia médica pode ocasionar no surgimento de novos tratamentos ou novas técnicas que possibilitem, em momento posterior à concessão da aposentadoria por invalidez, a reinserção do segurado no mercado de trabalho ou até a cura da moléstia que o acomete. Por isso, é perfeitamente possível enxergar a ausência de contradição e até uma compatibilidade entre os artigos 42, 90 e 101 da Lei n.º 8.213/91.

Sobre a possibilidade de o segurado aposentado por invalidez se submeter ao procedimento de reabilitação profissional, a Turma Nacional de Uniformização, por meio do PEDILEF n. 0506698-72.2015.4.05.8500, julgado sob o rito dos representativos da controvérsia - Tema 177, firmou a seguinte orientação: "1. Constatada a existência de incapacidade parcial e permanente, não sendo o caso de aplicação da Súmula 47 da TNU, a decisão judicial poderá determinar o encaminhamento do segurado para análise administrativa de elegibilidade à reabilitação profissional, sendo inviável a condenação prévia à concessão de aposentadoria por invalidez condicionada ao insucesso da reabilitação; 2. A análise administrativa da elegibilidade à reabilitação profissional deverá adotar como premissa a conclusão da decisão judicial sobre a existência de incapacidade parcial e permanente, ressalvada a possibilidade de constatação de modificação das circunstâncias fáticas após a sentença".

Desta forma, vê-se que a necessidade de submissão do segurado aposentado por invalidez a perícias médicas de reavaliação, como também aos programas de habilitação e reabilitação profissional devem ser considerados como requisitos legais para a manutenção do benefício de aposentadoria por invalidez, sobretudo pela previsão de pena de suspensão do benefício na ausência de comparecimento do segurado quando solicitado.

Em que pese o caráter temporário do benefício de aposentadoria por invalidez, o legislador entendeu por bem elencar algumas hipóteses em que essa precariedade é retirada. Isto é, decidiu estabelecer hipóteses legais em que o benefício de aposentadoria por invalidez deixa de ser temporário e passa a ser perene.

A primeira hipótese de atribuição de estabilidade ao benefício de aposentadoria por invalidez veio com a edição da Lei n.º 13.063/2014 a qual modificou o art. 101 da Lei n.º 8.213/91 para determinar a isenção de submissão do aposentado por invalidez após este completar 60 (sessenta) anos.

A edição da Lei n.º 13.457/2017 veio a alterar mais uma vez o art. 101 da Lei n.º 8.213/91 para incluir outra hipótese de estabilidade da aposentadoria por invalidez, aquela oponível ao segurado que completar 55 (cinquenta e cinco anos) e quando decorridos 15 (quinze) anos de gozo do benefício, mantendo a hipótese de estabilidade dos segurados maiores de 60 (sessenta) anos.

Mais recentemente, a publicação da Lei n. 13.847 de 19 de junho de 2019 veio a alterar o artigo 43 da Lei n. 8.213/91 para incluir o parágrafo 5º, o qual determina que a pessoa portadora de HIV/AIDS é dispensada da sujeição à perícia de reavaliação da capacidade laborativa.

Entretanto, apesar da estabilidade na concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ainda existem hipóteses em que o segurado pode se sujeitar às perícias na autarquia previdenciária competente. Assim ensina Frederico Amado:

> "Por outro lado, a perícia poderá ser feita no aposentado [...] para fins de prova no processo judicial de curatela ou para avaliação do auxílio-acompanhante de 25% sobre a renda da aposentadoria, se o segurado necessitar de assistência permanente de terceira pessoa, podendo este acréscimo ser cancelado se cessado o pressuposto legal [...]. (AMADO, 2015)".

Vê-se que a legislação previdenciária impõe normas legais para a concessão e, em virtude do seu caráter temporário, para a manutenção do benefício de aposentadoria por invalidez, devendo ser observados a carência e a qualidade de segurado, a incapacidade e a impossibilidade de submissão aos programas de reabilitação, o que deverá ser verificado através de avaliações periódicas.

Antes de entrar na definição do conceito de incapacidade e da consideração das condições socioeconômicas do segurado, é necessário fazer uma distinção entre o quê iremos entender como requisito e elemento.

Primeiramente é necessário distanciar os conceitos de requisito e elemento trazidos no estudo do Direito Administrativo, mais especificamente no estudo do Ato Administrativo. A maioria dos estudiosos do Direito Administrativo, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5] entendem que pressupostos, requisitos e elementos do ato administrativo são sinônimos. Celso Antônio Bandeira de Mello[6], por outro lado, prefere diferenciar separando os elementos dos pressupostos (requisitos).

Para efeitos de desenvolvimento do presente estudo, devemos entender como requisito os pressupostos legais para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Já, dispusemos, então, que são três os requisitos legais que ensejam o direito à percepção do benefício, quais sejam, ser o segurado dotado de qualidade de segurado e ter cumprido a carência exigida; estar o segurado incapaz de desenvolver atividade que garanta a sua subsistência e insuscetibilidade de sujeição à reabilitação profissional.

Entretanto, o artigo 42 da Lei n°. 8.213/91, que fixa os requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, não exaure o entendimento acerca do cumprimento deles, isso porque, o caráter social das prestações previdenciárias, em conjunto com a interpretação principiológica das suas normas, suscita o surgimento de situações de dúvida ou nebulosidade quanto ao cumprimento do requisito legal. Isto é, os requisitos que ensejam o direito à prestação previdenciária não são objetivos e, a depender do caso concreto, carecem de uma avaliação mais aprofundada. Nesse contexto é que se desenvolve o entendimento de elemento.

Os elementos são entendidos, assim, como partes que compõem um requisito. Noutras palavras, o cumprimento de um requisito, coisa que, em regra, não é dotada de objetividade, pressupõe a análise de alguns elementos.

Decerto que existem hipóteses em que o cumprimento dos requisitos que ensejam o direito à prestação previdenciária será verificado de maneira mais objetiva. Nesses casos, a análise dos elementos não se fará tão essencial. A análise dos elementos se presta, então, a auxiliar, nos casos em que a definição de cumprimento do requisito ensejadores da prestação previdenciária se mostra obscura.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p.202

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 396-397

Definido o tratamento acerca dos requisitos e elementos, importa adentrar, de maneira mais profunda, na questão do cumprimento do requisito da invalidez ou incapacidade de desenvolvimento de atividade que garanta a subsistência do segurado.

Como já desenvolvido, as normas previdenciárias determinam que a verificação da incapacidade é um requisito legal para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Apesar disso, essas mesmas normas não tratam de estabelecer um conceito estrito (objetivo) do que seria considerado 'incapacidade'.

Embora, à primeira vista, o uso do conceito linguístico seja atrativo, a matéria previdenciária abarca peculiaridades que fazem com que haja necessidade de se proceder com, ao menos, uma reflexão sobre o conceito da incapacidade empregado para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Isso porque a obrigatoriedade de encaminhamento dos segurados incapazes, sejam aposentados ou não, ao programa de habilitação de reabilitação profissional levanta questões como se a incapacidade mencionada pelo art. 42 da Lei n. 8.213/91 deve se dar em relação a toda e qualquer função laborativa ou apenas a função habitualmente exercida pelo segurado, por exemplo.

Sobre os serviços de habilitação e reabilitação profissional assim lecionam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari[7]:

> "A habilitação e a reabilitação profissional são serviços que devem propiciar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para (re) educação e (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vivem – Lei n. 8.213/91, art. 89".

Wladimir Novaes Martinez, apud. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari[8] estabelece uma distinção entre os serviços de habilitação e reabilitação esclarecendo que "a primeira preparação do inapto para atividades, em decorrência de incapacidade física adquirida ou deficiência hereditária. A segunda pressupõe a pessoa ter tido aptidão e tê-la perdido por motivo de enfermidade ou acidente".

Na doutrina, o conceito de incapacidade para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez também é controverso. Para Frederico Amado, a incapacidade se dá com a impossibilidade de exercício de qualquer função. Em suas palavras:

7 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari. Manual de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Forense, 2016. – pag. 888

8 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari Op. Cit. – pág. 888

> "A invalidez pode ser definida como a incapacidade laborativa total, indefinida e multiprofissional, insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, que corresponde à incapacidade geral de ganho, em consequência de doença ou acidente. (AMADO, 2015)".

Por outro lado, para Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, deve ser considerada "[...] a incapacidade substancial e permanente para o trabalho. Substancial no sentido de que o segurado está incapaz para exercer a atividade que lhe garanta subsistência. Como a subsistência, na previdência social, pressupõe a manutenção limitada do nível de vida do beneficiário, essa incapacidade é para exercer atividade que lhe garanta, aproximadamente, o mesmo nível de subsistência que tinha antes da ocorrência da contingência social. Nesse sentido, não é correto afirmar que a incapacidade que dá direito à aposentadoria por invalidez é necessariamente total. (DIAS, MACÊDO, 2010)".

Entende-se, contudo, que o conceito essencial de incapacidade pressupõe um reflexo clínico nas condições normais de saúde do segurado. Entretanto, a consideração isolada das consequências clínicas que acometem o segurado não parece ser suficiente para uma definição clara no tocante ao requisito da incapacidade quando da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

A avaliação médica, então, é elemento essencial para a avaliação da viabilidade da concessão da aposentadoria por invalidez. Nos casos em que a perícia médica puder verificar a incapacidade clínica total e permanente para toda e qualquer função, é compreensível que, cumpridos os demais requisitos, a concessão da aposentadoria seja a medida a se impor.

Todavia, nos casos em que a perícia médica identificar uma incapacidade parcial e permanente, ou, ainda, que a incapacidade seja limitada a uma determinada função laboral, é importante que outros fatores sejam avaliados em conjunto com as limitações clínicas identificadas. Devem ser consideradas, então, as condições socioeconômicas do segurado. Isso porque avaliação das condições socioeconômicas auxiliam na verificação efetiva do cumprimento do requisito da incapacidade, necessário para a concessão do benefício, sendo consideradas, assim, como elementos do requisito incapacidade.

As condições socioeconômicas são os elementos pessoais e sociais que integram o âmbito do segurado. São elementos como idade, classe social, escolaridade, natureza da profissão habitual, localidade de moradia, cultura local e demais fatores que possam influenciar na capacidade de reinserção do segurado no mercado de trabalho.

Isto é, havendo a verificação de uma incapacidade parcial, a avaliação conjunta entre as moléstias que acometem o segurado e as condições pessoais e

sociais que dificultam ou possibilitam a sua reinserção no mercado de trabalho é medida que se impõe para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, pois auxilia na verificação efetiva do cumprimento dos requisitos legais ensejadores do direito à percepção do benefício de aposentadoria por invalidez. Além disso, a consideração das condições socioeconômicas nos casos de identificação de incapacidade parcial é uma das maneiras de materialização do Princípio da Proteção ao Hipossuficiente e do próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Princípio da Proteção do Hipossuficiente traz uma ideia de proteção ao menos favorecido na medida em que as normas previdenciárias se prestam a tutelar os interesses dos segurados – aqueles que financiam o sistema da Seguridade Social – contra os riscos sociais a eles impostos.

Não se pode confundir a aplicação do Princípio da Proteção do Hipossuficiente com o uso de uma interpretação tendenciosa que busque a aplicação da norma em sentido completamente divergente daquele que por ela disposto. Isto é, não se deve utilizar o Princípio da Proteção do Hipossuficiente para justificar a aplicação de uma norma previdenciária em sentido oposto ou conflitante àquele por ela exprimido.

Neste sentido ensinam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

> "[...] Observe-se que não se trata de defender que se adote entendimento diametralmente oposto na aplicação das normas, por uma interpretação distorcida dos enunciados dos textos normativo: o intérprete deve, dentre as várias formulações possíveis para um mesmo enunciado normativo, buscar aquele que melhor atenda à função social, protegendo, com isso, aquele que depende das políticas sociais para sua subsistência. (CASTRO**,** LAZZARI, 2016)".

Há casos, porém, que a avaliação das condições socioeconômicas é o elemento central para a caracterização da invalidez. Isto é, casos em que, mesmo não havendo a constatação de qualquer incapacidade clínica por parte da perícia médica, a avaliação das condições socioeconômicas se mostra como elemento necessário para a regular avaliação da viabilidade de concessão do benefício. São os casos em que as doenças que acometem o segurado são dotadas de elevado estigma social. As doenças dotadas de estigma social que impedem a reinserção do segurado em virtude do preconceito do mercado trabalho e da própria sociedade.

A prevalência da avaliação das condições socioeconômicas nos casos de portadores de doenças estigmatizantes em detrimento da verificação da incapa-

cidade clínica vem sendo aplicada a doenças como AIDS, hanseníase, obesidade mórbida, doenças de pele graves, além de deformidades decorrentes de acidentes como cicatrizes aparentes.

Este entendimento é corroborado pela jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização. Confira-se:

> PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL DESFAVORÁVEL. PORTADOR DE HIV. ASSINTOMÁTICO. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS, ECONÔMICAS E SOCIAIS. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO. 1. Sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez da parte autora, com base no laudo pericial que atestou a ausência de incapacidade. 2. Acórdão que manteve a sentença pelos seus próprios fundamentos. 3. Pedido de Uniformização, apresentado pela parte autora, com fundamento no artigo 14, da Lei 10.259/2001, em que se alega que embora o laudo tenha atestado a ausência de incapacidade, mostra-se imperiosa a concessão do benefício, tendo em vista os fatores estigmatizantes da doença que pesam sobre o paciente, a impedir sua reinserção no mercado de trabalho. Cita como paradigma julgado da Turma Regional de Uniformização da 1ª Região (proc. n° 2006.30.00.903180-8). 4. O incidente foi admitido pela Turma Recursal de origem. Encaminhado o feito à este colegiado, foi determinada sua distribuição a este relator. 5. Conheço do incidente entre a evidente divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma. 6. No mérito, dou provimento ao presente pedido, tendo em vista que a jurisprudência desta Turma Uniformizadora tem se firmado no sentido de que os portadores do vírus da AIDS, mesmo que assintomáticos, devem ter sua incapacidade aferida com base nas condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, visto tratar-se de doença estigmatizante, ainda que o laudo pericial tenha concluído pela ausência de incapacidade laborativa. Precedente: PEDILEF 200783005052586. 7. Diante disso, DOU PROVIMENTO ao presente incidente, para determinar o retorno dos autos à Turma Recursal de origem para readequação do julgado. (00474929720084036301, JUIZ FEDERAL PAULO RICARDO ARENA FILHO, DOU 15/06/2012.)

A avaliação das condições socioeconômicas, então, prescinde de uma prévia constatação clínica de incapacidade também nos casos de doenças dotadas de alto estigma social, funcionando como elemento complementar para a avaliação da concessão ou não do benefício de aposentadoria por invalidez.

Ante este caráter de complementariedade com relação à avaliação clínica, nos parece, então, que o mais correto não seria tratar a avaliação das condições socioeconômicas como requisito para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, mas sim como elemento componente da avaliação do requisito legal da incapacidade, podendo ele tomar uma posição complementar ao exame clínico ou podendo ele tomar o protagonismo quando se tratarem de doenças dotadas de alto estigma social.

Nota-se que a consideração das condições socioeconômicas para fins de avaliação do cumprimento do requisito da incapacidade é considerada como um elemento, na medida em que auxilia na análise do cumprimento do requisito da incapacidade nos casos em que a sua verificação não é objetiva e se mostra como elemento fundamental para a promoção do caráter social das prestações previdenciárias.

Como já discutido no capítulo anterior, o Manual de Perícias do INSS em nada dispõe acerca da avaliação das condições socioeconômicas para efeitos de aferição do cumprimento do requisito da incapacidade na análise de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. No nosso entendimento, é essencial que a referida avaliação seja feita já nas vias administrativas, pois é a autarquia previdenciária o ente dotado de competência para avaliar a capacidade de trabalho do segurado e analisar a concessão ou não dos benefícios por incapacidade.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS funciona como um ente de distribuição de renda e promoção de justiça social. Como dito, a consideração das condições socioeconômicas como elemento integrante da análise do requisito da incapacidade é meio de materialização dos princípios da Proteção do Hipossuficiente e da Dignidade da Pessoa Humana, aos quais também está submetida a autarquia previdenciária.

A partir do ano de 2016, com a edição da Medida Provisória 739, os benefícios por incapacidade passaram aos holofotes. Isso porque, com a edição das referidas normas o governo federal objetivava a redução dos gastos com os benefícios por incapacidade, principalmente com os benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez. Esta medida ficou conhecida como o "pente fino" do INSS.

O "pente fino" do INSS consiste na implementação de uma série de medidas que visam o combate às fraudes no sistema previdenciário e a redução dos gastos no orçamento da previdência. Dentre as medidas implementadas estão a convocação dos segurados em gozo de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez e a implementação de uma bonificação aos peritos médicos do INSS por perícias realizadas além do seu horário de trabalho.

Sem a aprovação no congresso, a MP 739 perdeu sua validade no dia 04 de novembro de 2016. Por isso, em janeiro de 2017 o então presidente Michel Temer editou a Medida Provisória 767, posteriormente convertida na Lei n°. 13.457, de 27 de junho de 2017, a qual manteve a política de revisão de benefícios por incapacidade com o objetivo principal de promover cortes no orçamento da Previdência Social.

Com o estabelecimento da política do "pente fino" o número de benefícios cancelados foi aumentando ao longo dos anos. O mais recente Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS[9] publicado em outubro de 2019 traz uma redução de aproximadamente 10% no número de aposentadorias por invalidez concedidas quando comparado com o mês de setembro do mesmo ano. Confira-se trecho do boletim:

GRUPOS DE ESPÉCIES	QUANTIDADE						
	Total	% do total	% do grupo	% do sub-grupo	Variação em relação ao mês anterior (em %)	Clientela	
						Urbana	Rural
TOTAL	518.134	100,00			14,65	438.882	79.252
BENEFÍCIOS DO RGPS	469.356	90,59	100,00		9,50	390.104	79.252
Previdenciários	448.547	86,57	95,57	100,00	9,46	369.873	78.674
Aposentadorias	153.026	29,53	32,60	34,12	0,95	118.956	34.070
Idade	91.430	17,65	19,48	20,38	3,73	59.379	32.051
Invalidez	14.985	2,89	3,19	3,34	-9,57	13.084	1.901
Tempo de Contribuição	46.611	9,00	9,93	10,39	-0,56	46.493	118
Pensões por Morte	39.982	7,72	8,52	8,91	84,79	27.490	12.492
Auxílios	201.718	38,93	42,98	44,97	8,36	186.806	14.912
Doença	199.179	38,44	42,44	44,41	8,54	184.601	14.578
Acidente	1.663	0,32	0,35	0,37	3,42	1.377	286
Reclusão	876	0,17	0,19	0,20	-16,01	828	48
Salário-Maternidade	53.821	10,39	11,47	12,00	6,79	36.621	17.200
Abono de Permanência em Serviço	–	–	–	–	–	–	–
20%							

Fonte: BEPS – Outubrode 2019 – pág. 12

Quando comparamos o número absoluto de benefícios de aposentadoria por invalidez concedidos em junho de 2016 (um mês antes da publicação da MP 739) a redução é ainda mais drástica. Segundo o Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS publicado em junho de 2016[10] o número de benefícios de apo-

9 Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/12/Beps102019_trab_Final__PORTAL_atualizado.pdf acesso em 08.01.2020

10 Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/07/Beps062016_Final.pdf, acesso em 08.01.2020

sentadoria por invalidez concedidas foi de 17. 035, enquanto em outubro de 2019 foi de 14.985, o que representa uma redução de aproximadamente 12%. Veja-se a quantidade de benefícios concedidos em junho de 2016:

GRUPOS DE ESPÉCIES	QUANTIDADE						
	Total	% do total	% do grupo	% do sub-grupo	Variação em relação ao mês anterior (em %)	Clientela	
						Urbana	Rural
TOTAL	**480.846**	**100,00**			**-3,88**	**398.418**	**82.428**
BENEFÍCIOS DO RGPS	**449.155**	**93,41**	**100,00**		**-3,98**	**366.727**	**82.428**
Previdenciários	**424.821**	**88,35**	**94,58**	**100,00**	**-4,17**	**343.667**	**81.154**
Aposentadorias	113.836	23,67	25,34	26,80	-1,83	84.533	29.303
Idade	58.376	12,14	13,00	13,74	-4,01	31.420	26.956
Invalidez	17.035	3,54	3,79	4,01	-4,65	14.832	2.203
Tempo de Contribuição	38.425	7,99	8,55	9,04	3,07	38.281	144
Pensões por Morte	37.997	7,90	8,46	8,94	-7,17	26.369	11.628
Auxílios	213.234	44,35	47,47	50,19	-1,83	193.002	20.232
Doença	209.803	43,63	46,71	49,39	-1,85	189.899	19.904
Acidente	1.147	0,24	0,26	0,27	8,72	929	218
Reclusão	2.284	0,47	0,51	0,54	-4,15	2.174	110
Salário-Maternidade	59.754	12,43	13,30	14,07	-13,66	39.763	19.991
Abono de Permanência em Serviço 20%	–	–	–	–	–	–	–

Fonte: BEPS – junho de 2016 – pág. 09

O Boletim Estatístico da Previdência Social de outubro de 2019 traz números impressionantes relativos à cessação de benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio doença, números superiores em aproximadamente 7% e 8%, respectivamente. No referido mês foram cessadas 12.961 aposentadorias por invalidez, enquanto foram cessados 259.034 benefícios de auxílio doença:

GRUPOS DE ESPÉCIES	QUANTIDADE						
	Total	% do total	% do grupo	% do sub-grupo	Variação em relação ao mês anterior (em %)	Clientela	
						Urbana	Rural
TOTAL	**480.846**	**100,00**			**-3,88**	**398.418**	**82.428**
BENEFÍCIOS DO RGPS	**449.155**	**93,41**	**100,00**		**-3,98**	**366.727**	**82.428**
Previdenciários	**424.821**	**88,35**	**94,58**	**100,00**	**-4,17**	**343.667**	**81.154**
Aposentadorias	113.836	23,67	25,34	26,80	-1,83	84.533	29.303
Idade	58.376	12,14	13,00	13,74	-4,01	31.420	26.956
Invalidez	17.035	3,54	3,79	4,01	-4,65	14.832	2.203
Tempo de Contribuição	38.425	7,99	8,55	9,04	3,07	38.281	144
Pensões por Morte	37.997	7,90	8,46	8,94	-7,17	26.369	11.628
Auxílios	213.234	44,35	47,47	50,19	-1,83	193.002	20.232
Doença	209.803	43,63	46,71	49,39	-1,85	189.899	19.904
Acidente	1.147	0,24	0,26	0,27	8,72	929	218
Reclusão	2.284	0,47	0,51	0,54	-4,15	2.174	110
Salário-Maternidade	59.754	12,43	13,30	14,07	-13,66	39.763	19.991
Abono de Permanência em Serviço 20%	–	–	–	–	–	–	–

Fonte: BEPS – Outubrode 2019 – pág. 47

Esses números refletem que, a partir de 2016, houve uma intensificação na avaliação dos benefícios por incapacidade, inclusive com instituição de bonificação para os peritos médicos por perícia realizada além do horário de trabalho – artigo 3 da Lei n°. 13.457/17. O que preocupa nesse procedimento é que o ímpeto na redução dos custos dos gastos dos benefícios por incapacidade, bem como o estímulo à produtividade numérica dos peritos, comprometendo a qualidade das avaliações periciais e, por fim, a ausência de previsão específica no Manual de Perícias do INSS fazem com que reste prejudicada a análise das condições socioeconômicas dos segurados como elemento para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

3. SÚMULAS 47, 77 E 78 - O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – TNU

Pelo fato da avaliação casuística e a impossibilidade de fixar parâmetros legais restritos, a avaliação das condições socioeconômicas na caracterização da incapacidade para efeitos de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez é tema de suma importância no âmbito das discussões da Turma Nacional de Uniformização – TNU.

A Turma Nacional de Uniformização – TNU possui entendimento consolidado no sentido de que a incapacidade para o desempenho das atividades laborais deve ser avaliada de modo a considerar, em comunhão, os pontos de vista clínico e social, mediante a consideração das considerações socioeconômicas do segurado.

Como mencionou a relatora juíza federal Maria Divina Vitória, quando do julgamento do PEDILEF 2005.83.00506090-2/PE "a incapacidade para o trabalho é fenômeno multidimensional e não pode ser avaliada tão somente do ponto de vista médico, devendo ser analisados também os aspectos sociais, ambientais e pessoais. Há que se perquirir sobre a real possibilidade de reingresso do segurado no mercado de trabalho. esse entendimento decorre da interpretação sistemática da legislação, da Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho, e do princípio da dignidade da pessoa humana. A restrição ao idoso, aliada ao estado de saúde do trabalhador, na prática, inviabilizam o seu retorno à atividade que lhe proporcione meios de subsistência, razão pelo deferimento da aposentadoria por invalidez"[11].

Coroando a importância sobre o tema da consideração das condições socioeconômicas para efeitos de concessão da aposentadoria por invalidez, em 29 de fevereiro de 2012, foi editada a Súmula 47 da TNU, segundo a qual "uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez".

A edição da Súmula 47 veio a consolidar o entendimento já, por muitas vezes, replicados na TNU, como nos seguintes precedentes: PEDILEF 2007.83.00.505258-6, julgamento: 18/12/2008. DJ de 2/2/2009PEDILEF 2005.34.00.756217-6, julgamento: 8/2/2010. DJ de 15/3/2010PEDILEF 2006.63.02.012989-7, julgamento: 24/11/2011. DJ de9/12/2011PEDILEF 2007.71.95.027855-4, julgamento: 24/11/2011. DJ de 9/12/2011PEDILEF 0023291-16.2009.4.01.3600, julgamento: 29/2/2012. DOU 09/3/2012.

Dentre os argumentos utilizados para a fixação do entendimento, aquele que merece mais destaque é que o aspecto médico não se mostra suficiente para auferir o cumprimento do requisito da incapacidade. A aposentadoria por invalidez é devida àquele que não consiga exercer atividade que garanta a sua subsistência, e esta condição não é exclusiva de uma condição de incapacidade total, mas também nos casos em que há uma evidente impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho em conjunto com a incapacidade parcial verificada pelo julgador.

A análise das condições socioeconômicas como elemento para a caracterização do cumprimento do requisito da incapacidade quando da análise

11 PEDILEF 200583005060902, Juíza Federal Maria Divina Vitória, 17/03/2008. Disponível em https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/. Acesso em 02.10.2018.

de concessão do beneficio de aposentadoria por invalidez se sustenta na medida em que o julgador deve avaliar a efetiva (im)possibilidade de reinserção do mercado de trabalho do segurado.

Ressaltando o referido argumento, o juiz federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, em seu comentário à Súmula 47 da TNU[12], traz o seguinte trecho do julgamento do PEDILEF 2007.83.00.505258-6, de relatoria da Juíza Federal Maria Divina Vitória:

> "Em que pese esta última disposição legal, numa interpretação sistemática da legislação, conclui-se que a incapacidade para o trabalho não pode ser avaliada tão-somente do ponto de vista médico. Os fatores ambientais, sociais e pessoais também devem ser levados em conta. Há que se perquirir sobre a real possibilidade de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho. Para tanto, deve ser considerado o mercado de trabalho efetivamente disponível para o autor, levando-se em conta, além da doença que lhe acometeu, a idade, o grau de instrução, bem como a época e local em que vive"[13].

Com isso, podemos concluir que o entendimento da TNU está em completo alinhamento com o que é defendido no presente trabalho no tocante à complementariedade da avaliação das condições socioeconômicas à avaliação clínica para efeitos de caracterização do requisito legal da incapacidade.

Isto é, o entendimento pacificado no âmbito da TNU corrobora o argumento de que a avaliação das condições socioeconômicas deve ser tratada como elemento componente da caracterização do requisito da invalidez e não como requisito independente nos casos de concessão da aposentadoria por invalidez.

A autarquia previdenciária, de outra mão, defendia que, nos casos em que fosse verificada a incapacidade parcial do segurado, não seria possível a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. O Superior Tribunal de Justiça acompanhava o entendimento do INSS, conflitando o entendimento já replicado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização – TNU, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

12 Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais / Conselho da Justiça Federal, Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais; coordenador: Frederico Augusto Leopoldino Koehler ; [autores] Alcides Saldanha Lima ... [et al.]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 245

13 PEDILEF 2007.83.00.505258-6, julgamento: 18/12/2008, DJ de 2/2/2009, relatora: Juíza Federal Maria Divina Vitória

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL. I - Estando a Autora incapacitada apenas parcialmente para o trabalho, não faz jus à aposentadoria por invalidez. II - O argumento da dificuldade de obtenção de outro emprego, em face da idade avançada, baixo nível intelectual, não pode ser utilizado para a concessão do benefício, por falta de previsão legal. III - Recurso provido. (REsp 358.983/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/5/2002, DJ 24/6/2002, p. 327)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ARTIGO 42 DA LEI N. 8.213/91. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE TOTAL PARA O TRABALHO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. Para a concessão da aposentadoria por invalidez, é de mister que o segurado comprove a incapacidade total e definitiva para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. 2. Tal incapacidade deve ser observada do ponto de vista físico-funcional, sendo irrelevante, assim, na concessão do benefício, os aspectos sócio-econômicos do segurado e de seu meio, à ausência de previsão legal e porque o benefício previdenciário tem natureza diversa daqueloutros de natureza assistencial. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 501.859/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 24/2/2005, DJ 9/5/2005, p. 485).

Entretanto, a jurisprudência do STJ evoluiu para acompanhar o entendimento da TNU. Confira-se:

> PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACÓRDÃO EMBASADO EM OUTROS ELEMENTOS ALÉM DO LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE. 1. Na análise da concessão da aposentadoria por invalidez, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, devendo considerar também aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado a fim de aferir-lhe a possibilidade ou não de retorno ao trabalho. A invalidez laborativa não decorre de mero resultado de uma disfunção orgânica, mas da somatória das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo. Precedentes. 2. O Tribunal a quo admitiu estar comprovado que a ora agravada ficou incapacitada de modo permanente e definitivo para exercer suas atividades laborativas, não obstante o laudo pericial ter concluído pela incapacidade apenas parcial. Inteligência da Súmula 83/STJ. 3. A revisão do conjunto fático-probatório dos autos que levou o Tribunal a quo a conclusão acerca da incapacidade laboral do segurado exige análise de

> provas e fatos, o que inviabiliza a realização de tal procedimento pelo STJ, no recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 196053 2012.01.33780-3, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/10/2012 ..DTPB:.).

Após a edição da Súmula 47, a TNU veio a editar a Súmula 77 da TNU, segundo a qual "o julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual".

Da interpretação da Súmula 77 da TNU, conclui-se que a avaliação das condições socioeconômicas não é obrigatória para todos os casos de aposentadoria por invalidez. Isso porque, segundo o entendimento sedimentado pela Súmula 77, verificada a incapacidade parcial do segurado, mas a referida incapacidade não o impeça de exercer a sua atividade habitual, o segurado não faria jus a qualquer benefício previdenciário, uma vez que o segurado ainda proveria de meios para a garantia de sua subsistência. Isto é, a possibilidade de exercício da atividade habitual faz com que não seja verificado o cumprimento do requisito da incapacidade, o que impede a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e de auxílio doença.

Quanto à prevalência da avaliação das condições socioeconômicas sobre a avaliação médica das moléstias que acometem o segurado para efeitos de concessão da aposentadoria por invalidez, a TNU também possui entendimento consolidado. Em 12 de setembro de 2014 foi editada a Súmula 78 da TNU:

> "Súmula 78 – Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença".

Embora a Súmula apenas se refira aos segurados portadores de HIV, a Turma Nacional de Uniformização – TNU vem admitindo a sua aplicação analógica às demais doenças estigmatizantes – aquelas dotadas de alto estigma social e que dificultam a convivência do acometido em sociedade. Foi o que aconteceu no julgamento do PNU n.º 0000020-09.4000.7.00.6361, publicado em 03.04.2018, o qual entendeu pela aplicação da Súmula 78 da TNU a um segurado portador de hanseníase e foi assim ementado:

> "Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu incidente de uniformização nacional suscitado pela parte ora requerente, pretendendo a reforma de acórdão oriundo da Turma Recursal de origem em que se discute a necessidade de análise das condições pessoais da parte para concessão de benefício assistencial por incapacidade à pessoa portadora de doença estigmatizante (hanseníase). É o relatório. O recurso comporta provimento. No caso concreto, a parte é portadora de enfermidade estigmatizante. A TNU, por meio da Súmula 78, aprovada na Sessão do dia 11.9.2014, pacificou o entendimento no sentido de que, "Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença." Assim, por aplicação analógica da referida súmula e levando-se em consideração a sistemática dos recursos representativos da controvérsia, dos sobrestados por força de repercussão geral e dos incidentes de uniformização processados na TNU, em que se devem observar as diretrizes estabelecidas nos arts. 1036, §§ 1º e 3º, do CPC e 17, do RITNU, os autos devem ser devolvidos à Turma Recursal de origem para aplicação do entendimento pacificado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização. Ante o exposto, com fundamento no art. 16, II, do RITNU, admito o incidente de uniformização e, prosseguindo no julgamento, a ele dou provimento. Em consequência, determino a restituição dos autos à origem, para a adequação do julgado e consequente análise das condições em comento. Intimem-se.
>
> (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Presidência) 0000020-09.4000.7.00.6361, MINISTRO RAUL ARAÚJO - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO.)"[14].

Não se deve entender que as Súmulas 77 e 78 da TNU entram em contradição na medida em que a primeira delas determina a verificação de incapacidade médica para que se possa avaliar as condições econômicas e a segunda caminha no sentido contrário.

Na realidade elas são dotadas de uma complementariedade, uma vez que, em sendo a avaliação socioeconômica elemento componente do requisito legal de incapacidade, deve-se entender que as súmulas evidenciam "dois lados de uma mesma moeda".

Por fim, é importante delimitar a essencialidade da avaliação das condições socioeconômicas para fins de concessão do benefício de aposentadoria por

14 Disponível em https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/index.xhtml. Acesso em 03.10.2018.

invalidez. Levando em consideração que a complementariedade das condições socioeconômicas para aferição do cumprimento do requisito da incapacidade, esta prescinde, em regra, a identificação, pelo julgador, de uma incapacidade parcial. Identificada a incapacidade parcial, importa avaliar as condições socioeconômicas do segurado para verificar se, em conjunto, elas geram uma incapacidade total no segurado.

Por outro lado, ainda que não seja identificada qualquer incapacidade, é possível considerar cumprido o requisito da incapacidade para fins de concessão de aposentadoria por invalidez, quando se tratar de doenças estigmatizantes. Ressalta-se, ainda, a hipótese de desnecessidade de avaliação das condições socioeconômicas nos casos em que não é identificada nenhuma incapacidade, bem como nos casos em que, ainda que identificada a incapacidade parcial, o segurado está capaz para exercer a sua atividade habitual, é que neste caso, o segurado não teria direito a qualquer benefício por incapacidade.

Nesse sentido o comentário do juiz federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler[15]:

> Em resumo, podem ocorrer, na prática, as seguintes situações: 1) a doença da parte autora não gera incapacidade; conclusão: não lhe é devido qualquer benefício; 2) a doença da parte autora gera incapacidade parcial, porém esta não abrange seu trabalho habitual; conclusão: não lhe é devido qualquer benefício, incidindo a Súmula 77 da TNU; 3) a doença da parte autora gera incapacidade parcial, que abrange seu trabalho habitual; conclusão: aplica-se a Súmula 47 da TNU, devendo as instâncias ordinárias procederem à análise das condições pessoais e sociais do segurado, a fim de averiguar se é possível cogitar-se de sua reabilitação funcional e de seu retorno ao mercado de trabalho. Caso isso não seja possível, configura-se a hipótese de concessão de aposentadoria por invalidez em vez do auxílio-doença.

O entendimento pacificado na Turma Nacional de Uniformização, então, corrobora o que foi trabalhado no sentido da importância da consideração das condições socioeconômicas para a avaliação da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Corroborando o seu caráter complementar e sua natureza de elemento componente do requisito legal da incapacidade.

15 Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais / Conselho da Justiça Federal, Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais ; coordenador: Frederico Augusto LeopoldinoKoehler ; [autores] Alcides Saldanha Lima ... [et al.]. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

CONCLUSÃO

A aposentadoria por invalidez é um benefício abarcado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que busca prevenir o segurado de um dos mais graves riscos sociais, a incapacidade para o trabalho.

No Brasil, a previsão de proteção ao risco social da invalidez evoluiu muito ao longo da história passando, no primeiro momento, pela importância de prevenção aos riscos decorrentes do exercício das atividades laborais até chegar ao nível da universalidade da prestação previdenciária buscada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e com os requisitos fixados pela Lei n°. 8.213/91.

Quanto aos requisitos legais, a legislação previdenciária estabelece três para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, sendo o primeiro deles o cumprimento da carência que, em regra, é de 12 (doze) contribuições mensais, e ser o segurado dotado de qualidade de segurado.

O segundo requisito é estar o segurado incapaz e o terceiro ser o segurado não suscetível à habilitação ou reabilitação profissional.

A amplitude das definições dos requisitos legais pode gerar, a depender do caso concreto, nebulosidade quanto à avaliação do requisito da incapacidade, uma vez que o ramo do direito previdenciário possui diversas peculiaridades e, sempre que possível, deve ser avaliado de maneira individualizada de modo a promover o melhor interesse no segurado.

Essas peculiaridades e a avaliação casuística quando da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez abre a possibilidade de consideração de outros elementos que não apenas a avaliação clínica das moléstias que acometem o segurado, mas também como as demais condições pessoais e sociais que podem impedir ou possibilitar a reinserção no mercado de trabalho.

Conclui-se, assim que a avaliação das condições socioeconômicas do segurado está atrelada à verificação da existência ou não de uma incapacidade médica. Esses dois elementos, então, guardam uma função de complementariedade que apenas proporciona uma melhor adequação da aplicação das normas previdenciárias ao caso concreto. Isto é, ao entender que o requisito da incapacidade permite que sejam consideradas as condições socioeconômicas do segurado, podemos concluir que a incapacidade é entendida como um requisito para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, enquanto as condições socioeconômicas são elementos que auxiliam na análise do cumprimento daquele requisito.

Noutros termos, esse nítido caráter complementar nos faz concluir que a avaliação das condições socioeconômicas do segurado não deve ser entendida como um requisito isolado para a concessão da aposentadoria por invalidez, mas sim como elemento componente da avaliação do requisito legal da incapacidade.

Ademais, levar em consideração as condições de idade, renda, local de residência, tempo sem exercer a atividade e outras situações sociais e econômicas para efeitos de aferição do nível de incapacidade se mostra como a materialização dos princípios norteadores do Direito Previdenciário, mais especificamente do Princípio da Proteção do Hipossuficiente e do próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O estudo da análise das condições socioeconômicas do segurado se mostrou como elemento importante uma vez que a partir da implementação do "pente fino" do INSS, em 2016, os benefícios por incapacidade chegaram aos holofotes, uma vez que, no intuito de promover um corte de custos no sistema previdenciário, o governo federal passou a estabelecer uma massiva revisão nos benefícios por incapacidade.

O estabelecimento do "pente fino" do INSS, então acarretou numa diminuição no número de concessões de benefícios por incapacidade e de aumento da cessão dos referidos benefícios, conforme os Boletins Estatísticos da Previdência Social.

A Turma Nacional de Uniformização – TNU já entendeu a importância e se debruçou sobre o tema, editando as Súmulas 47, 77 e 78, que, em caráter de complementariedade, funcionam como instrumentos de evidência da caracterização da avaliação das condições socioeconômicas como elemento integrante do requisito legal da incapacidade.

O entendimento fixado pela Turma Nacional de Uniformização e seguido pelo Superior Tribunal de Justiça delimitou a essencialidade da consideração das condições socioeconômicas do segurado para fins de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, de modo que se mostra essencial quando identificada uma incapacidade parcial do segurado, pois em sendo identificada a incapacidade total, o requisito da incapacidade estaria cumprido de maneira objetiva. Assim, a incapacidade parcial, em conjunto com a análise das condições socioeconômicas do segurado pode ocasionar uma incapacidade total para fins de concessão de uma aposentadoria por invalidez.

As condições socioeconômicas são essenciais, ainda, quando da identificação de uma doença estigmatizante. As doenças estigmatizantes são doenças que são dotadas de grande estigma social e impedem ou dificultam a convivência do segurado em sociedade, por isso, ainda que a patologia não gere uma incapacidade, a análise das condições socioeconômicas pode gerar o direito à percepção de uma aposentadoria por invalidez.

Por outro lado, as condições sociais e econômicas do autor não são essenciais nos casos em que não é identificada qualquer incapacidade ou que, ainda

que verificada uma incapacidade parcial, esteja o segurado capaz de exercer a sua atividade habitual. Nesses casos o segurado sequer teria direito a receber um benefício por incapacidade.

Concluímos, então, que a avaliação das condições socioeconômicas para fins de concessão do beneficio de aposentadoria por invalidez é elemento essencial para garantir a regular aplicação da norma previdenciária, na medida em que busca ajustar ao caso concreto a intenção de proteção social da norma, garantindo uma efetiva e universal prestação, o que está em perfeita consonância com o caráter social do Direito Previdenciário.

Desta forma, demonstrou-se que a avaliação das condições socioeconômicas funciona como elemento integrante do requisito legal da incapacidade se tornando um instrumento essencial para a aplicação individualizada e mais precisa da norma previdenciária de regência do benefício de aposentadoria por invalidez, possibilitando, ainda mais, a regularidade da prestação judiciária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário.** Salvador: Juspodivm, 2015.

Boletim Estatístico da Previdência Social – Junho de 2016. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/07/Beps062016_Final.pdf. Acesso em 08.01.2020.

Boletim Estatístico da Previdência Social – Outubro de 2019. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/12/Beps102019_trab_Final__PORTAL_atualizado.pdf. Acesso em 08.01.2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais / Conselho da Justiça Federal, Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais; coordenador: Frederico Augusto Leopoldino Koehler; [autores] Alcides Saldanha Lima... [et al.]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

DIAS, Eduardo Rocha, MACEDO, José Leandro Monteiro. **Curso de Direito Previdenciário.** 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo. MÉTODO, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha. José Leandro Monteiro de Macêdo. **Curso de Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária – Diretoria de Saúde do Trabalhador. Março de 2018. Disponível em: https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf. Acesso em 07.01.2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

PULINO. Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro.** São Paulo: LTR. 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02.10.2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 01.10.2018.

Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991: Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 01.10.2018.

Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999: Aprova o regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em 30.09.2018.

Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014:. Altera a Lei nº 8.213/1991, para isentar o aposentador por invalidez e o pensionista inválido beneficiários do Regime Geral da Previdência Social – RGPS de se submeterem a exame médico-pericial após completarem 60 (sessenta anos) de idade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13063.htm>. Acesso em 30.09.2018.

Lei n.º 13.457, de 26 de junho de 2017: Altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência So-

cial, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial; e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2017/Lei/L1345 7.htm. Acesso em 08.01.2019.

Medida Provisória nº 739, de 7 de julho de 2016: Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv739.htm. Acesso em: 09.01.2019.

Medida Provisória nº 767, de 6 de janeiro de 2017: Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e a Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv767.htm. Acesso em: 09.01.2019.

9

A INVIOLABILIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

Leonardo Estevam de Assis Zanini
Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP
Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha)
Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha)
Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha)
Mestre em Direito Civil pela PUC-SP
Bacharel em Direito pela USP
Professor Universitário
Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar
Juiz Federal

Odete Novais Carneiro Queiroz
Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC)
Professora doutora da Faculdade de Direito da PUC-SP

RESUMO: O presente artigo realiza um breve estudo sobre o direito geral da personalidade, abrangendo as relações existentes entre esse direito e os direitos especiais da personalidade. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Os temas mais relevantes da matéria são analisados, como o desenvolvimento do direito geral da personalidade nos países de língua alemã e a sua posterior admissão em outros países da *civil law*. O estudo deixa claro ao leitor a ideia de cooperação existente entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade, estes considerados como desdobramentos daquele. Merece ainda destaque o debate sobre a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma pluralidade de direitos da personalidade ou a adoção do direito geral da personalidade. Assim sendo, o trabalho procura apresentar um breve panorama atual da proteção dos direitos da personalidade, enfocando a situação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Direito Geral da Personalidade. Direito Civil Constitucional. Cláusula Geral.

INTRODUÇÃO

A categoria dos direitos da personalidade foi objeto de intensos debates doutrinários, em particular no período que vai do século XIX até o início do século XX. Os estudiosos apontavam muitos problemas que teoricamente impediriam o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos.

Argumentava-se que os interesses ligados à personalidade não podiam ser protegidos seguindo os esquemas tradicionais dos direitos patrimoniais, mesmo porque o bem jurídico a ser protegido integrava o próprio sujeito[1]. A resistência na admissão dos direitos da personalidade também decorria da forma como se compreendia os atos ilícitos e a responsabilidade civil deles derivada. A categoria igualmente suscitava dúvidas no que toca aos seus caracteres jurídicos, que se contrapõem aos direitos patrimoniais.

Entretanto, as objeções ao reconhecimento dos direitos da personalidade foram se abrandando no decorrer do século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, haja vista que as atrocidades cometidas naquele conflito reforçaram a necessidade de reconhecimento dos direitos e garantias do homem[2]. Como consequência, o sistema de direito privado, pela via constitucional, acabou integrando os direitos da personalidade, não havendo mais dúvida quanto à admissão dessa categoria de direitos.

Desta feita, superada a fase de reconhecimento dos direitos da personalidade, atualmente os debates da doutrina e da jurisprudência dizem respeito à existência de um direito geral da personalidade, no qual se integrariam todos os tipos previstos ou não pelo direito positivo. E o assunto ganhou ainda maior relevância em função do rápido desenvolvimento técnico-científico verificado nas últimas décadas. Essas inovações proporcionaram o surgimento de novas formas de violação da dignidade da pessoa humana, pelo que as indagações relativas ao direito geral da personalidade continuam atuais e merecem ser analisadas no presente trabalho.

1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

1 Nesse sentido, veja-se a lição de Walter Moraes: "os bens que em direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*" (MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de direito privado*, n. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 187).

2 RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982, p. 218.

1.1. ORIGEM E OS DEBATES INICIAIS ACERCA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com o reconhecimento da existência da categoria dos direitos da personalidade, muitos autores entenderam como viável a sua tipificação. Para tanto, utilizaram a técnica dos direitos subjetivos, o que levava ao reconhecimento de uma pluralidade de direitos da personalidade, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade. No entanto, outros teóricos consideraram insuficiente a proteção da pessoa humana por meio de direitos tipificados, sendo necessária uma regra geral, unitária, que compreendesse todos os casos relacionados a bens da personalidade[3].

A doutrina que defendia a existência de um direito geral da personalidade floresceu na Áustria, na Suíça e na Alemanha. A temática foi inicialmente objeto de investigações teóricas, ainda sem repercussão prática, as quais foram promovidas, entre outros, por Regelsberger e Gierke. Passada a fase teórica, o direito geral da personalidade foi paulatinamente sendo reconhecido judicialmente[4].

No que diz respeito à Alemanha, o desenvolvimento retrocedeu com a entrada em vigor do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB). De fato, a codificação alemã não consagrou os direitos da personalidade como categoria autônoma e sistematizada, deles cuidando tão somente em disposições esparsas relativas à responsabilidade civil e por meio da proteção dada ao nome no § 12 do BGB[5].

Não se pode dizer, entretanto, que os idealizadores do BGB ignoravam os direitos da personalidade. Na verdade, preferiram não incluí-los na codificação, salvo as exceções já mencionadas. Entendiam que as discussões acerca da categoria não estavam encerradas[6], de maneira que a sua inclusão seria precipitada e pouco operacional do ponto de vista do processo legislativo[7].

Nos anos que seguiram à entrada em vigor do BGB, a doutrina alemã e a jurisprudência do *Reichsgericht* não acolheram a tese da existência de um direito geral da personalidade. A proteção legal ficou então restrita aos bens jurídicos ex-

3 DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42-43.

4 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45-49.

5 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 76.

6 Aliás, segundo Günter Weick, na fundamentação do BGB o responsável pela parte geral da codificação, Gebhard, mencionou os trabalhos de Kohler e de Rudolf von Jhering, relativos aos direitos da personalidade (WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 173).

7 RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 268.

pressamente mencionados, ou seja, aos direitos especiais da personalidade[8].

De fato, mesmo doutrinadores de destaque, como Enneccerus e Nipperdey, não viam como necessário o reconhecimento de um direito geral da personalidade. Aduziam que os bens unidos indissoluvelmente à pessoa deveriam ter uma proteção absoluta geral igual a dos direitos subjetivos. Esses autores negavam a existência de outros direitos da personalidade além do nome e entendiam que o reconhecimento de um direito geral da personalidade entre os direitos subjetivos provocaria entraves ao progresso, bem como perturbações ao desenvolvimento de outras personalidades[9].

1.2. O PROBLEMA DA PROTEÇÃO FRACIONADA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A proteção fracionada dos direitos da personalidade, ao contrário do que pensavam os autores da época, mostrou-se bastante lacunosa diante do aumento das modernas técnicas que possibilitavam o desrespeito da vida privada e da liberdade, o que foi sentido especialmente após a Segunda Guerra Mundial[10].

Na Alemanha, o primeiro problema estava na interpretação dada ao § 823, I do BGB[11], particularmente no que toca à expressão "um outro direito" (*ein sonstiges Recht*), que não abarcava, de acordo com a maioria dos autores, os direitos da personalidade, visto que tal dispositivo era considerado restrito aos direitos subjetivos ligados à propriedade[12].

De acordo com Dieter Medicus, o BGB não chegou mesmo a acolher, entre os bens protegidos pelo § 823, nem um direito geral da personalidade e nem um direito à honra. Aliás, para a proteção da honra era necessária uma interpretação bastante complexa, que combinava os §§ 826 e 823, II do BGB, bem como os §§ 185 e seguintes do Código Penal (*Strafgesetzbuch* - StGB)[13].

Outro problema consistia no fato de que a enumeração dos bens protegidos pelo § 823, II do BGB era considerada exaustiva, de forma que os demais bens

8 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 20.

9 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 77.

10 LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997, p. 147.

11 O § 823 do BGB dispõe: "Dever de indenizar. (1) Quem dolosa ou culposamente lesar antijuridicamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito alheio está obrigado a compensar o dano surgido". Vejamos o original: *"§ 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*".

12 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 78.

13 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. München: C. F. Müller, 2006, p. 423.

da personalidade somente eram protegidos se fossem reconhecidos por normas legais especiais[14].

Ademais, o § 826 do BGB, não obstante a vagueza da expressão "bons costumes", suficiente para funcionar como uma cláusula geral, tinha seu âmbito limitado, visto que requeria a existência de dolo[15].

1.3. O RECONHECIMENTO DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE NA ALEMANHA: OS CASOS LESERBRIEF E HERRENREITER

Todo esse quadro somente se modificou na Alemanha com as decisões proferidas em 25 de maio de 1954 **(***Leserbrief***)**[16] e em 14 de fevereiro de 1958 (*Herrenreiter***)**[17], quando o Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* - BGH), em uma inimaginável mudança de paradigma, reconheceu o direito geral da personalidade[18].

Além da admissão do direito geral da personalidade, é de se destacar que no caso *Herrenreiter* também foi reconhecida a pretensão a uma indenização em dinheiro. Tal prestação pecuniária estaria fundada na ocorrência de um dano imaterial[19], de uma severa lesão ao direito geral da personalidade, o que não tinha previsão expressa no BGB e contrariava o § 253[20], que só admitia indenização em casos expressamente previstos em lei. Posteriormente, a despeito de contrariar o disposto no § 253, tal entendimento foi confirmado pelo BGH em 1965, no caso *Soraya*, e em 1973 pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*)[21].

14 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 78.

15 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 79.

16 No caso *Leserbrief*, discutia-se a proteção de cartas missivas, visto que um periódico publicou uma carta de um advogado (representante de um ex-ministro do Reich), na rubrica "cartas do leitor", sem sua autorização (BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 20).

17 No caso *Herrenreiter*, o réu, farmacêutico, elaborou um cartaz publicitário referente a um produto com supostas propriedades afrodisíacas, colocando no cartaz a imagem do autor, sem sua autorização para o uso publicitário (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 46).

18 RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 268.

19 RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 268.

20 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 174.

21 PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70.

A mudança de orientação do direito alemão veio como decorrência da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz* – GG), que ao proteger a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1º e 2º da GG) exigiu o reconhecimento de um direito geral da personalidade[22], cujo fundamento legal, de acordo com o BGH, estaria justamente no § 823, I do BGB. E tal proteção encontrou respaldo justamente na interpretação da expressão "um outro direito" (*ein sonstiges Recht*), integrante do § 823, I do BGB, mas que não era acolhida pela doutrina e nem pela jurisprudência anteriores à Lei Fundamental de Bonn[23].

A partir das decisões do BGH e da mudança de posicionamento da doutrina, a dignidade do homem (*Menschenwürde*) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*) passaram a ser vistos pelos alemães como um direito-fonte (*Quellrecht*), um direito-mãe (*Mutterrecht*), do qual todos os outros emanariam[24].

A despeito de todo esse desenvolvimento, o direito geral da personalidade ainda se mantém como uma criação da prática jurídica e da doutrina alemãs, haja vista que nenhum tratamento legal[25] foi dado ao tema, o que já foi qualificado como uma "fuga do legislador da responsabilidade política" [26].

De qualquer forma, não obstante todos esses percalços, a teoria do direito geral da personalidade é amplamente acolhida na Alemanha. Todavia, existem autores mais recentes, como Canaris, que consideram a opção pela definição de âmbitos de proteção do direito da personalidade, o que pode levar a uma regressão do direito geral da personalidade[27].

1.4. O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE NA SUÍÇA E ÁUSTRIA

Na Suíça, o direito geral da personalidade se impôs mais cedo, tendo sido

22 MEDICUS, Dieter. *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*. 7. ed. München: Carl Heymanns, 2006, p. 207.

23 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 19-20.

24 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

25 Noticia Paulo Mota Pinto que em 1959 foi apresentado um projeto de lei para a reordenação da proteção da personalidade e da honra, o que levaria a uma alteração no BGB. Todavia, em razão da pressão exercida pela imprensa, tal proposta, chamada pejorativamente de *Lex Soraya*, não chegou a ser acolhida (PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70).

26 PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70.

27 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 48.

seu desenvolvimento menos traumático que o alemão. Realmente, o Código Civil suíço (*Zivilgesetzbuch* - ZGB), de 10 de dezembro de 1907, anterior, portanto, à doutrina alemã do direito geral da personalidade, já consagrava expressamente, em seu art. 28[28], uma cláusula geral protetora da personalidade humana, que foi inspirada na doutrina de Otto von Gierke (*Deutsches Privatrecht*)[29].

Tal regra tinha o sentido de proteger não somente os interesses morais, mas também a atividade econômica de uma pessoa[30]. E nesse ponto Franz Wieacker já considera a obra de Eugen Huber, maior responsável pela elaboração do Código Civil suíço, como o "fruto legislativo mais amadurecido da ciência de língua alemã do séc. XIX" [31].

No entanto, com a rápida evolução da sociedade e da ciência no século XX, viu-se que o art. 28 do Código Civil helvécio não estava mais garantindo uma tutela satisfatória da personalidade. Assim, para a ampliação dessa tutela, a redação do referido artigo foi alterada por uma lei de 16 de dezembro de 1983, em vigor desde 1º de julho de 1985[32].

Entretanto, é de se ressaltar que o trabalho do legislador suíço não se resumiu à alteração do art. 28, visto que também foram inseridos diversos dispositivos complementares[33]. Dessa forma, além do art. 28 originário, possui hoje o Código Civil suíço a sequência que vai dos arts. 28 "a" ao "l".

Como consequência da inovação legislativa, o conceito adotado de personalidade deve ser compreendido em sentido amplo, abrangendo tudo aquilo que serve para individualizar uma pessoa e se mostra digno de proteção nas relações interpessoais. Cabe então aos juízes a definição dos contornos da personalidade, adaptando a noção à evolução das necessidades e ao surgimento de novos perigos[34]. E nesse contexto, os tribunais suíços passaram a construir uma nova juris-

28 Redação original do art. 28: "*Celui qui subit une atteinte illicite dans ces intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser*". Tradução livre: "Aquele que sofre um atentado ilícito nos seus interesses pessoais pode demandar ao juiz que o faça cessar".

29 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 94.

30 KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, p. 487.

31 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 564.

32 BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 155.

33 A nova redação do art. 28 do ZGB é a seguinte: "*Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen*". Tradução livre: "Quem é ilicitamente lesionado em sua personalidade pode, para sua proteção, pedir a intervenção do juiz contra aquele que participou da ofensa". Por conseguinte, são condições para a proteção da personalidade: a) a sua lesão; b) o comportamento ilícito (LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993, p. 22).

34 BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 160.

prudência acerca do direito geral da personalidade, bem como dos limites de sua atuação[35], mais condizente com as atuais necessidades da sociedade.

Ademais, existe também no direito suíço a previsão, além da determinação abstrata e geral contida no art. 28 do ZGB, dispositivos que outorgam proteção a pontos específicos da personalidade, como é o caso do art. 301, 2 do ZGB, bem como a Lei sobre direitos autorais (*Urheberrechtsgesetz*). Diante desses preceitos específicos a cláusula geral de proteção da personalidade vale apenas subsidiariamente[36].

Por outro lado, em face do reconhecimento do direito geral da personalidade, não é necessária uma enumeração detalhada dos bens da personalidade. Não existe um *numerus clausus* dos direitos da personalidade. Isso permite uma proteção mais ampla da personalidade, a qual seria bastante limitada se o legislador suíço tivesse seguido apenas o modelo tradicional da enumeração dos valores protegidos[37].

A situação não é diversa na Áustria, onde a doutrina continua atualmente a defender a existência do direito geral da personalidade, que retira sua força do § 16 do ABGB[38].

1.5. A PLURALIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ITÁLIA

Entre os italianos, inicialmente a tese do *numerus clausus* dos direitos da personalidade era a posição majoritária da jurisprudência e da doutrina, já que o Código Civil de 1942 fez referência aos direitos da personalidade e não a um direito geral da personalidade. Essa é a tese defendida, entre outros, por Adriano de Cupis, que só admite a tutela de direitos da personalidade fracionados e tipificados em lei[39].

Hodiernamente, entretanto, há autores defendendo que a Constituição italiana teria mudado substancialmente esse quadro, reconhecendo, em seu art. 2º, uma cláusula geral de tutela da pessoa humana[40], cujo "conteúdo não se limita a

35 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 97.

36 LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993, p. 24-25.

37 BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 160.

38 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 71.

39 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, *passim*.

40 Art. 2º da Constituição italiana: "A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social". Transcrição do original: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle*

resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição", mas que permite estender a tutela a situações atípicas, levando ao reconhecimento do direito geral da personalidade[41].

Daí afirmar Perlingieri que a "tutela da personalidade pode-se considerar unitária, não definida, sem limites, elástica, adaptável quanto mais possível às situações concretas e às condições culturais e ambientais nas quais ela se realiza" [42].

Contudo, ressalta Capelo de Sousa que a doutrina italiana majoritária "defende a exclusividade da existência de direitos particulares de personalidade", o que não impede o reconhecimento de um leque bastante amplo de direitos especiais da personalidade, cujo fundamento estaria no "chamado direito ao *id quod interest* decorrente das reações penais e no art. 2° da Constituição da República Italiana" [43].

Por conseguinte, conforme destaca Paulo José da Costa Júnior, não teria vingado na Itália a doutrina unitária, orientando-se a maioria dos autores peninsulares num sentido oposto, "em direção a uma concepção pluralista dos direitos da personalidade" [44].

1.6. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA FRANÇA

Na França, a Lei 70-643, de 17.07.70, introduziu um novo art. 9º no Código Civil francês[45], o qual criou as bases legais para a proteção da personalidade, proclamando o princípio do respeito pela vida privada das pessoas[46]. Seguiram-se outras leis importantes, como a Lei 78-17, de 06.01.78, relativa à proteção diante da informática; a Lei 93-2, de 04.01.93, que inseriu a presunção de inocência no art. 9º do Código Civil e; a Lei 94-653, de 29.07.94, que introduziu no art. 16 do Código Civil o direito ao respeito do ser humano e seu corpo[47].

---

formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

41 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

42 PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001, p. 325.

43 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 129.

44 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60.

45 Art. 9º do Código Civil francês: "*Chacun a droit au respect de sa vie privée*". Tradução livre: "Cada um tem direito ao respeito de sua vida privada".

46 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 183.

47 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 42.

Todavia, anteriormente o Judiciário francês já tinha, com apoio na cláusula geral de responsabilidade civil (arts. 1382 e 1382 do Código Civil), desenvolvido uma ampla proteção da personalidade, bem como garantido a indenização de danos imateriais[48]. Por isso, destaca-se na França a importante colaboração pretoriana para a categoria dos direitos da personalidade, chegando-se a qualificá-la como "*une création prétorienne"* [49].

Como decorrência desse pragmatismo da proteção da personalidade, a doutrina francesa não chegou a reconhecer um direito geral da personalidade, não obstante a admissão dos "*droits de la personnalité"* [50].

Os principais problemas da doutrina do direito geral da personalidade, de acordo com os franceses, estariam na sua indeterminação e na abrangência de categorias diversas de direitos[51]. Além disso, destaca Kayser que como a jurisprudência francesa reconhece a existência de um direito da personalidade em todos os casos em que lhe parece útil a proteção de um interesse moral, a previsão legal do direito geral da personalidade, como se pretendeu no anteprojeto de Código Civil francês, não seria de grande utilidade[52].

1.7. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM PORTUGAL

Em Portugal, o direito geral da personalidade não é unanimidade na doutrina[53]. Há um embate entre os estudiosos portugueses no que toca à sua aceitação, de modo que é admitido na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e rejeitado, majoritariamente, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa[54].

A jurisprudência dominantemente, por seu turno, abstém-se de tomar posicionamento sobre o tema, mas há decisões do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça adotando a construção do direito geral de persona-

48 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 183.

49 MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade II (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 159.

50 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 183.

51 PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70.

52 KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, p. 488.

53 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 86.

54 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

lidade[55].

Esse direito geral é acolhido, entre outros, pelos seguintes doutrinadores portugueses: Leite de Campos, Capelo de Sousa, Álvaro Dias, Paulo Mota Pinto e Nuno Pinto Oliveira[56]. Em sentido contrário opina José de Oliveira Ascensão: "Não há necessidade de semelhante solução, porque o problema pode ser resolvido, mais satisfatoriamente até, pela via alternativa do reconhecimento, em regime de *numerus apertus*, de direitos especiais de personalidade" [57]. Menezes Cordeiro, por seu turno, acrescenta que mesmo na Alemanha o direito geral "vem sendo suplantado a favor de esquemas mais operacionais, com relevo para a definição de âmbitos de proteção" [58].

A despeito da mencionada divergência, o direito português, pelo menos desde o Código Civil de 1966, tem instrumentos para o reconhecimento de um direito geral da personalidade, que encontraria fundamento no art. 70 do Código Civil[59]. De fato, a "tutela geral da personalidade corresponde, sem dificuldade, a um direito geral da personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjectivo" [60]. Assim, permitir-se-ia a tutela de "bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito" [61].

Por conseguinte, pode-se afirmar hodiernamente que o direito geral da personalidade não é uma figura exclusivamente germânica, mas sim uma concepção que está ganhando espaço em muitos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, sobretudo em relação àquela concepção de direitos da personalidade como *numerus clausus*[62].

---

55 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63.

56 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 80-81.

57 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 87.

58 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 80-81.

59 Vale notar que o art. 70 do Código Civil português foi inspirado nos trabalhos da Comissão de Reforma do Código Civil francês (1950-1951), que adotou um anteprojeto sobre direitos da personalidade, prevendo em seu art. 19 o seguinte: "Todo o atentado ilícito à personalidade dá àquele que o sofra o direito de pedir que seja posto cobro a isso, sem prejuízo da responsabilidade que, daí, possa resultar para o seu autor" (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 60).

60 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

61 PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 209-210.

62 PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 68.

2. O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS ESPECIAIS

2.1. O FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO PELO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

O direito geral da personalidade tutela de forma global a personalidade humana. Trata-se de instituto que está ligado à concepção de pessoa humana como um valor unitário. Por isso, essa doutrina não admite que a tutela da pessoa possa ser fracionada em situações autônomas, devendo ser protegida como um problema unitário, dado que seu fundamento, vale ressaltar, está exatamente na unidade do valor da pessoa[63]. E não poderia ser diferente, já que decorre da própria natureza das coisas que o homem é uno e irredutível.

Ao lado dessa unidade, há também a complexidade e a dinamicidade da personalidade, que inviabilizam a sua proteção unicamente por meio de direitos típicos, visto que por mais perspicaz que seja o legislador, sempre escaparão do seu poder de previsão diversas vicissitudes da personalidade humana[64].

A tutela por meio de direitos tipificados ainda esbarra no fato de que os direitos da personalidade são uma categoria em expansão. Realmente, na medida em que a sociedade fica mais complexa, que novas tecnologias são descobertas, novos problemas surgem, que demandam o reconhecimento de novos direitos. Assim sendo, essa dinâmica torna deficiente a tutela da personalidade apenas por direitos típicos[65].

Nessa mesma linha, ensina Perlingieri que o fundamento dos direitos da personalidade é único, representado pela unidade do valor da pessoa. Porém, as possíveis manifestações da personalidade são múltiplas e nem todas são preventivamente identificáveis[66].

Desse modo, o reconhecimento de um direito geral da personalidade é marcado por sua dinâmica evolutiva e contextualizadora, bem como pela multiplicidade de expressões, o que, em última instância, nada mais é que uma decorrência natural do próprio valor humano protegido pelo direito[67].

63 PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001, p. 324.

64 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 161.

65 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos Direitos da Personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 251.

66 PERLINGIERI, Pietro. *Istituzioni di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 82.

67 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87.

Ademais, além da fragmentação da personalidade proposta pelas concepções atomísticas, outro problema a ser destacado estaria no fato de que na raiz delas encontramos os ensinamentos tendentes a prestigiar um ordenamento jurídico voltado prevalentemente para a proteção das situações patrimoniais[68], o que certamente está em descompasso com a proteção dada à pessoa atualmente pelo direito.

Destarte, com base nesses argumentos, os defensores do direito geral da personalidade rechaçam as teorias atomísticas, que dão origem a um catálogo de direitos da personalidade tipificados e admitem o fracionamento da pessoa humana em isolados interesses não intercomunicáveis entre si.

2.2. A COEXISTÊNCIA DO DIREITO GERAL E DOS DIREITOS ESPECIAIS DA PERSONALIDADE

Todavia, não obstante a certeza quanto à unidade da pessoa humana, a doutrina do direito geral da personalidade também não pode ser levada ao extremo. É que ao lado de um direito geral, a proteção dos seres humanos também pode se dar por meio de direitos expressamente tipificados no ordenamento jurídico, que proporcionariam uma mais eficaz tutela da personalidade.

Realmente, dentro dessa perspectiva é perfeitamente possível a individualização de "uma série de manifestações específicas do direito de personalidade, que conformam justamente os direitos 'especiais' de personalidade" [69], os quais têm como conteúdo bens particulares da personalidade.

Aliás, deve-se ressaltar que esse tratamento específico não somente amplia, e em algumas situações condiciona, a proteção da personalidade, mas ainda pode externar uma determinada posição do legislador diante do conflito de interesses[70].

Outrossim, é necessário salientar que o sistema fulcrado exclusivamente numa cláusula geral levaria a uma tutela mais lenta e complexa, já que todo tipo de violação deveria ser reconhecido a partir da concretização do direito geral da personalidade[71].

Daí que a previsão legal de alguns direitos da personalidade na Constituição e nas normas infraconstitucionais acaba tornando a sua proteção mais rápida

68 PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001, p. 324.

69 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87.

70 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 161.

71 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 162.

e direta[72], visto que seu conteúdo, em relação ao direito geral da personalidade, é mais determinado e concreto[73].

Reconhecida a unidade da pessoa humana e sem prejuízo de sua tutela geral, não se deve descartar a possibilidade da sua coexistência com direitos típicos da personalidade, os quais, em realidade, acabam por tutelar o próprio direito geral da personalidade[74]. Por isso, não há que se falar em antinomia, mas sim em complementaridade, a qual somente traz vantagens para a proteção do ser humano, fim do ordenamento jurídico.

Esse também é o entendimento de Capelo de Sousa, que defende a ideia da coexistência das estruturas normativas complementares do direito geral da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, rejeitando "tanto a concepção de que só haverá um direito geral de personalidade e já não direitos especiais de personalidade como a ideia da inexistência de um direito geral de personalidade e da emergência apenas de direitos especiais de personalidade" [75].

É justamente isso que ocorre na Alemanha, onde, ao lado do direito geral da personalidade, existem os direitos especiais da personalidade (*besondere Persönlichkeitsrechte*), tais como o direito ao nome (§ 12 do BGB), o direito moral de autor (§§ 12 a 14 da Lei sobre direitos de autor – *Urhebergesetz* – UrhG)[76] e o direito à própria imagem (§§ 22 e seguintes da Lei sobre os direitos de autor de obras de arte visuais e fotografia - *Kunsturhebergesetz* – KunstUrhG)[77].

Perlingieri também não vê incompatibilidade, no direito italiano, entre a tutela da pessoa como valor unitário e a consideração autônoma de algumas expressões da personalidade, dando como exemplos os direitos à saúde, ao estudo e ao trabalho[78].

Por conseguinte, vê-se que "a melhor técnica recomenda a associação de uma cláusula geral de proteção da personalidade com uma série de direitos específicos de personalidade" [79].

72 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.
73 LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997, p. 285.
74 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007, p. 365.
75 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 562.
76 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 179.
77 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim*.
78 PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001, p. 325.
79 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advo-

2.3. PROBLEMAS QUE EMERGEM DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO GERAL E OS DIREITOS ESPECIAIS DA PERSONALIDADE

Ao se admitir a coexistência do direito geral da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, surge um novo problema, isto é, o de estabelecer adequadamente como se dará a relação entre esses direitos.

O direito geral da personalidade fundamenta, informa e serve de princípio geral mesmo aos direitos especiais da personalidade, uma vez que é visto como um direito-mãe ou um direito-fonte. No entanto, sua aplicação se dá de forma subsidiária aos direitos especiais da personalidade, sendo englobante dos mesmos, que, por seu turno, não esgotam o bem geral da personalidade[80]. Assim, pode-se dizer que os direitos típicos seriam manifestações parciais da tutela globalmente conferida pelo direito geral da personalidade[81].

Desta feita, havendo regulamentação específica, em princípio não há lugar para a incidência do direito geral da personalidade, já que os direitos especiais da personalidade têm caráter de *leges speciales*. Isso significa que na aplicação, deve-se começar por aferir se uma certa lesão corresponde a um direito especial da personalidade[82]. Por outro lado, em caso de lesão à personalidade não tipicamente regulada, incide em toda sua plenitude o direito geral da personalidade, o que é, inclusive, uma das grandes vantagens de sua aplicação, isto é, a colmatação de eventuais brechas deixadas pelo direito positivado[83].

Mais complicada é, todavia, a hipótese de um real concurso do direito geral da personalidade com um ou vários direitos especiais, que ocorrerá "quando se trate de assunções ou violações pelo mesmo ato de zonas múltiplas da personalidade humana, umas tuteladas especialmente na lei e outras abrangidas pelo regime geral". Nesse caso, obtempera Capelo de Sousa que, na falta de disposição legal expressa, aplicar-se-á cumulativamente o direito geral da personalidade e o direito ou os direitos especiais envolvidos[84].

Portanto, a utilização tão somente do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria Lei Fundamental, que demanda a mais ampla proteção da dignidade da pessoa humana, o que não é alcançado quando o sistema jurídico se alinha a apenas uma das concepções,

---

gado, 2003, p. 87.

80 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 560.

81 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 164.

82 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 62.

83 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 164.

84 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 575.

ou seja, ao direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

No Brasil, os doutrinadores foram muito influenciados pelas teorias tipificadoras, muito defendidas por juristas italianos, como Adriano de Cupis, cuja obra foi a base para muitos escritos nacionais.

Aliás, isso se fez sentir no Código Civil de 2002, que de forma semelhante ao Código Civil italiano de 1942, previu um capítulo sobre os direitos da personalidade. Realmente, a codificação brasileira, na linha da italiana, cuidou dos direitos da personalidade, não seguindo outras tradições jurídicas, que preferem desenvolver a matéria no capítulo dedicado à responsabilidade civil por ato ilícito, apenas indicando a peculiar dignidade dos bens protegidos[85].

Todavia, apesar da promulgação do Código Civil brasileiro em pleno século XXI, é certo que a legislação nacional, pelo menos no que toca aos direitos da personalidade, poderia ter avançado mais, prevendo, expressamente, ao lado dos direitos especiais da personalidade, a tutela geral da personalidade.

De fato, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil já se pode perceber que o legislador buscava, com o novo capítulo ("Dos Direitos da Personalidade"), apenas enunciar poucas normas sobre direitos da personalidade, dotadas de rigor e clareza, o que certamente não coincide com a adoção de uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Com isso, prevalece entre os estudiosos o entendimento no sentido de que o Código Civil de 2002 não consagrou expressamente uma cláusula de proteção ou tutela geral da personalidade. A codificação teria preferido a concepção externada pela doutrina tradicional dos direitos típicos, que toma a pessoa de forma fragmentada[86].

E isso fica evidente no início do capítulo dos direitos da personalidade, dado que ao invés de prever expressamente a tutela geral da personalidade já no art. 11, que abre o capítulo, preferiu o codificador brasileiro tão somente a enunciação de algumas das características do regime jurídico dos diretos da personalidade[87].

85 RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982, p. 217.
86 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 197.
87 PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, p. 14, dez. 2003.

4. O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A despeito de não ter ocorrido o reconhecimento expresso do direito geral da personalidade pela legislação brasileira, nada impede sua admissão pela via da interpretação conjunta das normas do Código Civil e da Constituição, como fizeram os alemães. De fato, na Alemanha, malgrado a ausência de previsão expressa no BGB, não existem dúvidas em relação ao acolhimento, pelo ordenamento jurídico, do direito geral da personalidade.

Assim, a falta de previsão expressa de uma cláusula geral de tutela da personalidade, à diferença do que ocorreu em outros países como Portugal (art. 70 do Código Civil), Suíça (art. 28 do ZGB) e Cabo Verde (art. 68 do Código Civil)[88], não deve ser sobrevalorizada[89], haja vista a possibilidade de seu reconhecimento implícito, como decorrência da própria Constituição Federal.

Nesse quadro, a vanguarda da doutrina brasileira considera que o direito geral da personalidade está implícito no ordenamento jurídico pátrio, sustentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º da CF), bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema.

Esse é o entendimento defendido por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual assevera que não há mais "que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana" [90]. No mesmo sentido, manifestam-se Rosa Nery e Nelson Nery, considerando que a tutela geral da personalidade atua no sistema jurídico brasileiro como uma cláusula geral[91].

Ademais, vale acrescentar que o Enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, sinaliza exatamente nesse sentido, dispondo que: "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana,

88 O Código Civil de Cabo Verde reconhece, em seu art. 68, que abre a seção dos direitos da personalidade, a tutela geral da personalidade: "1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida".

89 PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, p. 15, dez. 2003.

90 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51.

91 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. I., p. 499.

contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

Outrossim, ao lado desse direito geral da personalidade, não se pode negar a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de direitos especiais da personalidade, que estão expressos na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais. Os direitos especiais da personalidade, em última análise, nada mais são do que manifestações parciais do direito geral da personalidade. Desse modo, deve-se concluir que as listas de direitos especiais são exemplificativas, refletindo um dado momento histórico (art. 5º, § 2º da CF).

Por conseguinte, nas palavras de Francisco Amaral, tem-se "um direito geral da personalidade, que considera um bem objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual", bem como existem direitos especiais, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade[92].

5. OS EMBATES ENTRE OS DEFENSORES DAS CORRENTES PLURALISTA E MONISTA

A despeito da argumentação acima mencionada, a maioria da doutrina brasileira trata os direitos da personalidade como uma lista de direitos autônomos entre si (corrente pluralista). E dentro da concepção pluralista ainda existem dois pontos de vista diversos: a) uma corrente concebe uma série aberta de direitos da personalidade; b) enquanto outra defende a taxatividade dos direitos da personalidade[93]. Isso significa que a tipicidade dos direitos da personalidade, conforme a concepção adotada, pode ser de natureza aberta ou fechada[94].

Paulo José da Costa Júnior está entre os defensores da corrente pluralista, argumentando que cada um dos vários bens personalíssimos tutelados é "dotado de determinadas peculiaridades, o que impede sua unificação". E arremata afirmando que não "seria possível que o *jus positum* fosse dotado de uma defesa única, de caráter genérico, contra todos os possíveis ataques que viessem a sofrer os vários componentes da personalidade" [95].

Outro paladino da corrente pluralista é Silvio Romero Beltrão, que adota um regime *numerus apertus* de direitos da personalidade, criticando o direito geral da personalidade pelo fato dele impor "a generalização das situações protegidas,

92 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 253.
93 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.
94 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 145.
95 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60-61.

com o indivíduo tendo que se defender não do caso típico, mas sim do direito geral, o que pode provocar insegurança jurídica, pela falta de percepção social das situações que merecem respeito" [96].

Todavia, a insegurança jurídica não pode ser considerada como um argumento plausível para a não admissão do direito geral da personalidade, pois se fosse assim, não poderíamos aceitar a cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), que traz a mesma "insegurança" do direito geral da personalidade. Além disso, o referido autor esclarece que os novos direitos da personalidade a serem reconhecidos derivarão de uma cláusula geral, o que, em última instância, em nada difere da proteção por meio do direito geral da personalidade[97].

Desse modo, a diferença não está na cláusula geral ou na referida "insegurança jurídica", mas sim no fato de que os adeptos do pluralismo não consideram a unidade da natureza humana, que "faz da pessoa um indivíduo, irrepetível e sem igual" [98].

A despeito da óbvia unidade da pessoa humana defendida pela teoria monista, não é grande o número de manuais brasileiros que dá notícia da existência de um direito geral da personalidade, sendo menor ainda aqueles que o acolhem. Isso é bastante preocupante, pois demonstra que a nossa doutrina está muito distante do desenvolvimento alcançado por alguns países europeus em relação à tutela da personalidade.

Mais complicada ainda é a situação no âmbito dos tribunais superiores, onde não parece que se pode falar no reconhecimento do direito geral da personalidade, ao contrário, é notável a distância que os separa da teoria desenvolvida pelos tribunais alemães. No entanto, quando se passa ao exame da jurisprudência de algumas cortes estaduais, como o TJRS, nota-se que o resultado obtido é mais profícuo[99].

---

96 BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 56.

97 Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, os "efeitos práticos de adotar o direito geral de personalidade ou uma lista exemplificativa de direitos de personalidade são os mesmos, pois ambos têm como fundamento a dignidade da pessoa humana e nenhuma das duas correntes restringe a proteção jurídica aos direitos expressos no direito positivo, o que é imprescindível para a adequada proteção de tais direitos numa sociedade em veloz mutação". (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29). De qualquer forma, ainda que os efeitos práticos sejam os mesmos, a fragmentação da personalidade não deixa de ser algo artificial, contrário à natureza uma do ser humano.

98 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 285.

99 LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 296-300.

Portanto, não há dúvidas acerca da compatibilidade da teoria do direito geral da personalidade com nosso sistema jurídico, bem como da necessidade de sua implementação para a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. Também estamos certos acerca da possibilidade da tutela da personalidade, de forma concomitante, por um direito geral e por direitos especiais. O que falta, na verdade, é a vontade de superar a visão tradicional, que construiu a teoria dos direitos da personalidade sobre uma base dogmática patrimonialista, pois só assim estaremos dando a adequada proteção à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, garantindo a eficácia da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que uma das maiores novidades surgidas no direito privado do século XX foi a efetiva sistematização do direito geral da personalidade.

Restrito inicialmente aos países de língua alemã, atualmente o direito geral da personalidade não é uma figura exclusivamente germânica. A concepção vem ganhando espaço em muitos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, inclusive no Brasil.

O direito geral da personalidade cuida de um complexo de interesses pessoais, que gozam de proteção bastante diversa. Ao lado do direito geral da personalidade são previstos direitos especiais da personalidade, que contam com texto legal que facilita a sua tutela, não havendo então necessidade de recorrer ao complexo sistema do direito geral da personalidade.

Aponta-se a ausência de contornos claros como desvantagem do direito geral da personalidade. É que os campos de aplicação se sobrepõem, isto é: a proteção jurídica esbarra nos interesses legítimos de terceiros, o que é bastante difícil de resolver.

É certo que a utilização tão somente do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria Lei Fundamental, que demanda a mais ampla proteção da dignidade da pessoa humana, o que não é alcançado quando nos alinhamos a apenas uma das concepções, ou seja, ao direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

Os desenvolvimentos técnicos, científicos e médicos criam continuamente, em uma velocidade sem precedentes, novas ameaças à personalidade humana, o que não é resolvido adequadamente pelo legislador, não restando outro caminho senão a via do direito geral da personalidade. Caso não haja proteção pelos direitos especiais da personalidade, é possível a adequação da tutela às necessidades da atualidade pela via do direito geral da personalidade.

Por conseguinte, a tutela dos direitos da personalidade deve ser realizada por meio desse sistema, que conjuga o direito geral personalidade com os direitos especiais da personalidade, tudo tendo em vista a adequação da proteção da personalidade às exigências da sociedade moderna, chamada por muitos de sociedade da informação. Assim sendo, a pessoa humana deve ser compreendida como um valor unitário, protegido pelo direito geral da personalidade, que está implícito no ordenamento jurídico pátrio e se sustenta: no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF); na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º da CF); bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema. Em todo caso, é necessário máximo cuidado, para que se evite qualquer distorção ou mesmo uma banalização da tutela dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.

BARTNIK, Marcel. **Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005.

BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. **Introduzione ai codici di diritto privato svizzero.** 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos Direitos da Personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de**

personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995.

CORDEIRO, António Menezes**. Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral.** Coimbra: Almedina, 2004, t. III.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo Código Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, t. 69, n. 3, p. 445-509, 1971.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.** 8. ed. München: Beck, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

LOCHER, René. **Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis.** Zürich: Schulthess, 1993.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade II (verbete). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1979, v. 28, p. 147-165.

MEDICUS, Dieter. **Grundwissen zum Bürgerlichen Recht.** 7. ed. München: Carl Heymanns, 2006.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de

personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de direito privado**, n. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson**. Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. I.

NERY, Rosa Maria de Andrade**. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERLINGIERI, Pietro**. Istituzioni di diritto civile.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

_____. **Perfis do direito civil.** Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Il diritto civile nella legalità costituzionale.** 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 51, n. 314, p. 7-34, dez. 2003.

_____. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RESCIGNO, Pietro. **Manuale del diritto privato italiano.** 5. ed. Napoli: Jovene, 1982.

RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** 5. ed. München: C.H. Beck, 2006.

ROBBERS, Gerhard. **Einführung in das deutsche Recht.** 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J.* **Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.** Berlin: Sellier, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à imagem.** Curitiba: Juruá, 2018.

_____. **Direito de autor.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts.** 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

10

PORQUE NÃO HÁ MAIS ESCAPATÓRIA: A VIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO, BEM COMO NO TRATAMENTO DESSES DADOS

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos
Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Advogado

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a vigência de todo arcabouço principiológico e normativo da privacidade e da proteção de dados pessoais dos consumidores no Brasil, e dos imperativos de tratamentos adequados desses dados, em razão do seu recepcionamento no ordenamento jurídico desde muito antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados. Consumidor. Violação de dados. Princípios do Direito. Privacidade. Tratamento de Dados.

INTRODUÇÃO: A QUESTÃO RELEVANTE

Quando exerci a capacidade postulatória para reclamar em juízo[1] a responsabilização de uma das maiores empresas da construção civil brasileira, pela violação dos dados pessoais e sensíveis de um consumidor, o sócio nominal de meu escritório, aquela era a primeira vez que alguém fazia isso no Brasil. Ainda perpassava o imaginário de muitos, dúvidas acerca da vigência da matéria abraçada pelo então novel diploma da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)[2], e muito se falava em quando se daria a sua vigência. Parecia haver uma contínua e ansiosa espera.

1 Ref.: 'Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por danos morais c/c Tutela de Urgência Liminar em razão de Tratamento inadequado de dados – divulgação não autorizada', processo nº. 1080233-94.2019.8.26.0100, em trâmite na 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação ajuizada em 16/08/2019, um ano após a promulgação da LGPD.

2 BRASIL, Lei Federal nº. 13.709/2018 'Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais'. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

É que naquele momento, a LGPD apenas se avizinhava. Promulgada pelo presidente interino, Michel Temer, em 14 de agosto de 2018, e publicada no dia seguinte, a previsão original para a entrada em vigor era após 18 (dezoito) meses da data de sua publicação, portanto, fevereiro de 2020. O texto original, no entanto, previa a regulação e fiscalização das questões de privacidade no Brasil por uma "Autoridade Nacional de Proteção de Dados" (ANPD) que, no entanto, ainda não havia sido criada.

Com a aprovação da Medida Provisória nº. 869/2018[3], que tinha como objetivo estabelecer os regramentos para a criação da ANPD, a vigência da LGPD também restou alterada, dessa vez estipulada de forma bipartida: em 28 de dezembro de 2018 entrariam em vigor os ditames de criação da "Autoridade Nacional de Proteção de Dados", e após 24 (vinte e quatro) meses da data da sua publicação originária, os demais artigos.

Portanto, os Poderes Executivo e Legislativo federais pareciam intentar a prorrogação dos ditames legais da proteção dos dados e da privacidade, tendo em vista que com a nova determinação a lei em si entraria em vigor somente seis meses depois da primeira previsão: agosto de 2020 – portanto, dois anos após a sua originária promulgação.

Note-se que àquela época o *General Data Protection Regulation* (GDPR), regulamento geral de proteção de dados europeu, já estava em vigor e trazia ao mundo os exemplos dos ditames atualizados da privacidade e do respeito aos dados do consumidor como princípios norteadores das novas relações de consumo na era digital, no âmbito da União Europeia. E dizemos "ditames atualizados", porque já vigiam em países europeus atos regulatórios os mais variados sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos. O estado brasileiro, portanto, aderia ao movimento, mas tentava frear a sua efetiva vigência.

Todavia, enquanto os debates pareciam se avolumar sobre quando se daria a vigência efetiva da legislação de dados e o que as empresas deveriam fazer para se adequar àquele novo sistema, parecia haver uma omissão generalizada sobre a vigência efetiva das normas principiológicas que garantem ao consumidor no Brasil, a proteção de seus dados pessoais, o respeito à finalidade contratada no tratamento, e a autodeterminação informativa, assim como tantos outros princípios que a LGPD não trouxe originalmente, mas apenas balizou.

E no caso do sócio nominal de meu escritório, os danos, as perturbações da paz familiar e os assédios gerados diariamente a partir da violação de seus dados pela empresa a quem os confiou originalmente, como consumidor, nos dava um único imperativo e fazia erigir uma questão relevante, após inúmeras tentativas de resolução amigável da controvérsia: a judicialização da matéria.

3 Essa Medida Provisória foi promulgada como Lei Federal nº. 13.853/2019, pelo Congresso Nacional.

Como é sabido, *o direito não socorre aos que dormem*, e era preciso fazer algo imediatamente. E foi o que fizemos. Posteriormente, com o advento da Pandemia do SARS-Cov-2 (Covid-19), mais uma vez a vigência da LGPD restaria em pauta, por meio da Medida Provisória nº. 959/2020[4], que buscava postergar a *vacatio legis* até 03 de maio de 2021, com essa exposição de motivos[5]:

> Esta mesma Medida Provisória também propõe o adiamento da entrada em vigor dos dispositivos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados em consequência de uma possível incapacidade de parcela da sociedade em razão dos impactos econômicos e sociais da crise provocada pela pandemia do Coronavírus.

Como pode ser visto, enquanto o Poder Executivo e parcela do Poder Legislativo, pareciam entender existir uma necessidade de adequação do empresariado brasileiro aos ditames da LGPD, adequação esta que teria de ser interrompida em razão dos impactos econômicos da pandemia, o próprio ordenamento jurídico brasileiro já possuía ditames que determinavam o respeito à privacidade, bem como à proteção de dados, sendo tais ditames imperiosos de aplicação pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma-princípio contida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, que determina o que se convencionou chamar "princípio da inafastabilidade da jurisdição"[6]:

> 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:
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

4 Até a última edição do presente artigo antes da publicação, essa Medida Provisória teve as seguintes tramitações relevantes: **1)** Em 07/08/2020 em seu Parecer, o relator na Câmara baixa pediu vigência imediata em 2020, sob o argumento da intensificação da imersão da sociedade no 'mundo digital' com a pandemia e a importância da garantia da proteção dos dados dos consumidores, **2)** em 25/08/2020, no entanto, o plenário da Câmara baixa decidiu pelo adiamento da vigência até 31/12/2020, **3)** remetida ao Senado, em 26/08/2020 os dispositivos de adiamento foram considerados prejudicados, tendo em vista a votação da matéria pelo Congresso ainda naquele exercício legislativo, quando se decidiu o PL nº. 1.179/2020 pela prorrogação unicamente das sanções administrativas da LGPD para agosto de 2021, tendo sido convertido na Lei nº. 14.010/2020, com isso, **4)** a MP foi devolvida ao Executivo para crivo de sanção ou veto sem o adiamento. Aguardava-se, portanto, o entendimento da Presidência da República para que fosse enfim definida a data da vigência da LGPD.

5 GUEDES, Paulo Roberto Nunes. Ministro de Estado da Economia. Medida Provisória nº. 959/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-959-20.pdf. Acesso em: 14/06/2020

6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Título II, Dos Direitos e das Garantias Fundamentais. Capítulo I, Dos Direitos e deveres individuais e coletivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14/06/2020

E nesse sentido, devemos dizer, o Poder Judiciário paulista entendeu perfeitamente a questão, e tanto o foi que determinou liminarmente a cessação da violação dos dados do consumidor autor da demanda, sob pena de multa. Tal decisão, de tão relevante, restou amplamente divulgada pela mídia jornalística especializada brasileira[7].

O presente artigo visa, portanto, explanar tais princípios normativos e normas legais constitucionais e infraconstitucionais a nível federal no Brasil, que já regulavam a necessidade de proteção aos dados pessoais dos consumidores, assim como o respeito à autodeterminação informativa e a uma série de princípios resumidos e balizados no bojo da LGPD. Portanto, visa demonstrar a nítida vigência de tais regramentos, de modo a não haver "escapatória", nem motivos para seus descumprimentos pelo empresariado que possui atividades no Brasil, que, em razão do tratamento desses dados, possui responsabilidade objetiva nos casos de sua violação.

1. DADOS: O NOVO INSUMO, MAS A QUEM PERTENCEM? CONSIDERAÇÕES SOBRE O *BIG DATA* E A EXPLORAÇÃO DOS NOVOS ARQUÉTIPOS DE CONSUMO

Aplicando o *Data Protection Act* de 1998, o *Information Commissioner's Office* (ICO), a autoridade independente do Reino Unido criada para a garantia dos direitos da informação e da privacidade, multou o Facebook Inc. em £500.000 (quinhentas mil libras esterlinas) em 2018, por não proteger as informações pessoais dos usuários.

Na investigação levada a cabo pelo ICO, constatou-se que de 2007 a 2014, o Facebook tratou os dados de seus usuários de modo inadequado, permitindo que os desenvolvedores de *Apps* acessassem tais informações, sem o consentimento expresso e informado dos usuários – estimou-se que os dados de cerca de 87 milhões de pessoas ao redor do mundo foram violados.

Sobre o assunto, assim se manifestou a Dra. Elizabeth Denham, Comissária da Informação do Reino Unido[8], que presidiu a investigação:

7 VALENTE, Fernanda. ***Juíza multa construtora por compartilhar dados pessoais de cliente***. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/juiza-impoe-multa-cyrela-repassar-dados-pessoais-cliente; Portal Intelectual: ***Proteção de dados: Cyrela é processada por tratamento inadequado de dados de consumidores e sofre liminar***. Disponível em: https://www.portalintelectual.com.br/protecao-de-dados-cyrela-e-processada-por-tratamento-inadequado-de-dados-de-consumidor-e-sofre-liminar/;

ROSA, Arthur. ***Liminar evita uso de dados de consumidor***. ***Informações foram divulgadas a terceiros por empresa.*** Valor Econômico. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/09/29/liminar-evita-uso-de-dados-de consumidor.ghtml

8 DENHAM, Elizabeth. ICO issues maximum £500,000 fine to Facebook for failing to protect users' personal information. Disponível em: https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2018/10/facebook-issued-with-maximum-500-000-fine/

> *Facebook failed to sufficiently protect the privacy of its users before, during and after the unlawful processing of this data. A company of its size and expertise should have known better and it should have done better.*
>
> *We considered these contraventions to be so serious we imposed the maximum penalty under the previous legislation. The fine would inevitably have been significantly higher under the GDPR. One of our main motivations for taking enforcement action is to drive meaningful change in how organisations handle people's personal data.*

As palavras da Comissária da Informação do ICO são relevantíssimas para demonstrar os novos *checks and balances* extremamente necessários para a nova era digital em que vivemos.

Isso porque, malgrado as novas interfaces de interação das relações de consumo contemporâneas, os sistemas de garantias e de proteção ao consumidor prosseguem mais vivos do que nunca e existem porque, não esqueçamos, o consumidor prossegue sendo a parte mais fraca da relação. Tal fato, segundo o magistério de Kildare Gonçalves de Carvalho[9]:

> Leva à necessidade de coibir práticas ilícitas resultantes de um sistema econômico competitivo, que nem sempre respeita os valores éticos, causando variados danos ao consumidor, no que diz respeito à sua vida, privacidade e interesses econômicos ou a outros bens.

E esses danos são enormes e incontáveis, se levarmos em consideração o novo *modus operandi* de desenvolvimento de negócios no mundo atual, por intermédio da exploração do que se convencionou chamar *big data*.

Para Grassegger e Krogerus[10]:

> *Big data* significa, em essência, que tudo o que fazemos, tanto *online* como *offline*, deixa vestígios digitais. Cada compra que fazemos com nossos cartões, cada busca que digitamos no Google, cada movimento que fazemos quando nosso celular está em nosso bolso, cada *link* é armazenado. Especialmente cada *like*. Durante muito tempo, não era inteiramente claro o uso que esses dados poderiam ter – exceto, talvez, que poderíamos encontrar anúncios de remédios para hipertensão logo após termos pesquisado no Google 're-

9 CARVALHO, Kildare Gonçalves. ***Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo***. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008, p. 728.

10 GRASSEGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. ***The data that turned the world upside down***. Motherboard, 2007, in MAGRANI, Eduardo. ***A internet das coisas***. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 23.

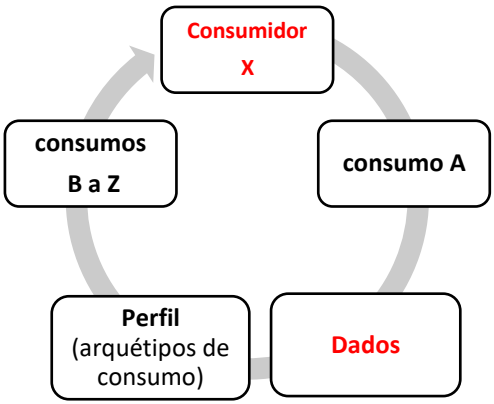
> duzir a pressão arterial'.

Segundo o magistério de Shoshana Zuboff[11], professora da Harvard University, o *big data* não é uma "tecnologia" ou um "efeito tecnológico", como muitos querem nos fazer acreditar, mas é:

> Acima de tudo, o componente fundamental de uma nova lógica de acumulação, profundamente intencional e com importantes consequências, que chamo capitalismo de vigilância. Essa nova forma de capitalismo de informações procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado.

Como se pode perceber, o *big data* é a reunião de dados de indivíduos por diversas fontes, que possibilitam o desenvolvimento do *capitalismo de vigilância,* aqui nomeado pela professora de Harvard como os atos de comércio, de captação de dados e informações dos indivíduos para interpretá-los, geralmente por meio do uso de algoritmos, possibilitando a identificação de padrões e tendências comportamentais[12] que permitirão a acumulação de receitas por meio, justamente, do estímulo ao consumo.

Trata-se, portanto, de esquema que se retroalimenta, como no diagrama abaixo:



11 ZUBOFF, Shoshana. ***Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization***. *Journal of Information Technology*, v. 30, 2015, p. 75-89 *in* BRUNO, Fernanda et al. (org.). ***Tecnopolíticas da Vigilância. Perspectivas da margem***. Tradução: Heloísa Cardoso Mourão. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

12 CHRISTIAN, Brian; GRIFFITHS, Tom. ***Algoritmos para viver. A ciência exata das decisões humanas***. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 14.

> Veja-se que o diagrama ilustra, justamente, a capacidade de gerar novos consumos (Consumos B a Z) e, com isso, acumulação, através do tratamento dos dados de um consumidor X, dados esses conseguidos, não raras vezes e, verdade seja dita, na esmagadora maioria das vezes, a partir de uma compra avulsa (Consumo A), seja por intermédio de *cookies* (nas compras *online*), seja por intermédio do preenchimento de cadastros impostos como requisitos para a compra, portanto, sem qualquer intenção do consumidor no permissivo dessa cadeia de vigilância e controle.

Tais dados, tratados para essas finalidades, geram **perfis dos consumidores**, espécie de representações ideais de cada um, o que chamaríamos **arquétipos de consumo**, tendo em vista que, tal como na "alegoria da caverna", de Platão[13], a imagem que se faz do real é o que importa aos acorrentados, e não o real em si.

E essa imagem que se faz do real é, justamente, o perfil digital do consumidor, ou seja, o acúmulo de dados que informam terceiros acerca de aspectos pessoais e comportamentais privados de cada consumidor, como no dizer do regulamento europeu[14],

> nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

Nesse caso, melhor não poderia ser o nome da mídia social desenvolvida por Mark Zuckerberg, afinal, trata-se, de fato, de um *facebook*, isto é, um repositório de perfis idealizados de cada pessoa, mas com alto grau de influência sobre elas, tanto no aspecto político – como nos mostrou o caso *Cambridge Analytica*[15] –, como do ponto de vista do consumo.

No aspecto político, resta cada vez mais claro que o escândalo da violação dos dados dos usuários do Facebook possibilitou a eleição de Donald Trump, um completo *outsider*, mal quisto pelos políticos tradicionais, ditos *insiders* e considerados "guardiães da democracia estadunidense"[16]. E tudo isso se deu, justamente, pelo tratamento inadequado dos dados dos usuários pelo Facebook, que permitiu

13 PLATÃO. ***A República***. 514-a/517-c. in MARCONDES, Danilo. ***Textos básicos de filosofia***. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 2ªed. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

14 PARLAMENTO EUROPEU. Jornal Oficial da União Europeia. 'Regulamento Geral de Proteção de Dados' da União Europeia. Tradução livre. Item 4, art. 4º Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt.

15 Para mais informações sobre esse caso recomendamos: The Guardian. ***The Cambridge Analytica Files***. Disponível em: https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files.

16 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. ***Como as democracias morrem***. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

que terceiros, alheios ao conhecimento desses mesmos usuários e às finalidades da entrega desses dados, diante dos arquétipos criados a partir das informações coletadas desses usuários, direcionaram cada usuário às campanhas de ódio de Donald Trump, por meio da exploração do que se convencionou chamar *fake News*[17] e dos "pontos fracos" de cada usuário, como confessou o denunciante Christopher Wylie[18], analista de dados que trabalhou com a *Cambridge Analytica*, diretamente na manipulação dos usuários da rede social:

> *We exploited Facebook to harvest millions of people's profiles. And built models to exploit what we knew about them and target their inner demons. That was the basis the entire company was built on.*

Frise-se o que diz Wylie: foram utilizados os dados de milhões de pessoas, a partir do Facebook, para explorar "o que se sabia dessas pessoas", direcionando os seus "demônios internos" para conseguir, por esse intermédio, o resultado esperado a partir disso. Portanto, para exercer controle sobre as pessoas.

Ressalte-se que o afã do controle da mentalidade da população não é algo novo, está incrustado no próprio nascimento das relações públicas[19]. Todavia, o que temos visto nos últimos tempos, é um avanço desse controle na era digital, por meio da utilização dos dados pessoais e sensíveis dos cidadãos, captados por *bots*, que, de posse de tais informações, promovem as marcas[20], estimulando o consumo, em detrimento da vontade autodeterminada dos consumidores.

Nesse condão, imperioso afirmar que no aspecto do consumo, portanto, a coisa não é tão diferente. No exemplo do Google, restou plenamente demonstrada a acumulação gerada pelo tratamento dos dados originados nos arquétipos de consumo, tendo em vista que o Google e outras plataformas, permitem o uso gratuito de seus serviços pelos usuários (consumidores), justamente como espécie de armadilhas, na qual esses últimos caem para se tornarem assediados constantemente pelas publicidades de terceiros (que pagam as contas do Google) que, de posse dos dados e informes de costumes e tendências de cada indivíduo, estabelecem as tendências do "capitalismo dadocêntrico"[21], criam "públicos" e geram a retroali-

17 MELLO, Patrícia Campos. ***A máquina do ódio. Notas de uma repórter sobre fake News e violência digital***. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

18 CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. ***Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach***. The Guardian. Disponível em: https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election. Acesso em: 16/06/2020.

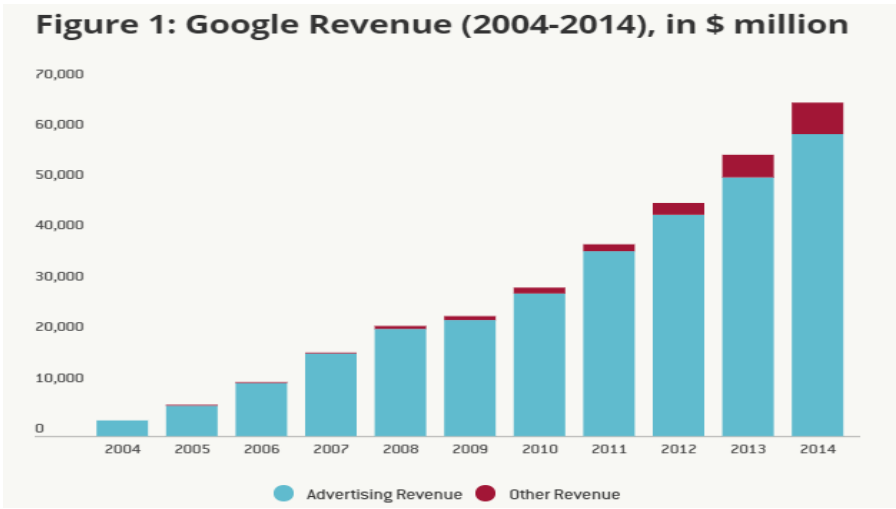
19 CHOMSKY, Noam. ***Mídia. Propaganda política e manipulação***. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fortes, 2017, pp. 22, 23.

20 PEREZ, Clotilde; TRINDADE, Eneus. ***Das Mediações Comunicacionais à mediação comunicacional numérica no consumo: uma tendência para a pesquisa***. São Paulo: Trabalho apresentado no IX Propesq PP – Encontro de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda, 2018, p.09.

21 MOROZOV, Evgeny. ***Big Tech. A Ascensão dos dados e a morte da política***. Tradução: Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018, p. 33.

mentação do consumo – como no diagrama exposto algumas páginas acima.

Veja-se que de 2004 a 2014, portanto, no intervalo de apenas uma década, as publicidades direcionadas renderam ao Google mais de 90% de sua receita total em milhões de dólares americanos[22]:



O Facebook, de outro lado, somente em 2012 já valia US$75 bilhões de dólares americanos, 85% disso advindo diretamente de publicidade direcionada, portanto, do uso dos dados dos usuários para impulsionar vendas de terceiros[23]. Atualmente, US$ 82 bilhões de dólares é somente o patrimônio pessoal do CEO do Facebook, segundo a Forbes[24], chegando o valor total da rede, somente em 2019, a US$630 bilhões, independentemente do abalo na reputação da marca[25] com o escândalo no caso *Cambridge Analytica*.

Portanto, inegável que os dados dos consumidores valem muito e valem para outros, como no dizer de Morozov *"*a privacidade está se tornando uma mercadoria"[26].

22 Fonte 01: Bruegel. https://www.bruegel.org/2016/01/the-economic-value-of--personal-data-for-online-platforms-firms-and-consumers/#_ftnref6
Fonte 02: Google (2015), 'Financial tables' https://investor.google.com/financial/tables.html

23 DE LORI, Andrews. ***Facebook is using you***. Sunday Review. The New York Times. Disponível em: https://www.nytimes.com/2012/02/05/opinion/sunday/facebook-is-using-you.html?_r=0. Acesso em 16/06/2020.

24 KLEBNIKOV, Sergei. ***Por que as ações do Facebook parecem indestrutíveis***. Forbes, 2020. Disponível em: https://forbes.com.br/negocios/2020/01/por-que-as-acoes-do-facebook-parecem-indestrutiveis/. Acesso em 16/06/2020.

25 The Harris Poll. 2019 Corporate Reputation Rankings. Disponível em: https://theharrispoll.com/axios-harrispoll-100/. Acesso em 17/06/2020.

26 MOROZOV, Evgeny. *Op. cit*, p. 36.

Vimos de forma resumida, portanto, que os dados se tornaram o novo insumo mercadológico que tem gerado acumulação e estímulo ao consumo, que, por sua vez, gera mais acumulações. Mas a quem pertencem, afinal de contas, os dados?

Primeiramente importante entender o que são.

O *Data Protection Act* de 1998, do Reino Unido, já fazia constar que dados pessoais são informações pessoais que identificam indivíduos vivos, que lhe dizem respeito e podem construir uma identificação deles, senão vejamos:

> *'personal data' means data which relate to a living individual who can be identified— (a) from those data, or (b) from those data and other information which is in the possession of, or is likely to come into the possession of, the data controller, and includes any expression of opinion about the individual and any indication of the intentions of the data controller or any other person in respect of the individual.*

Nessa mesma linha de raciocínio, o Regulamento Geral europeu, vigente desde 2018, assim definiu os 'dados pessoais' em seu art. 4º, item 1:

> Informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Portanto, inequívoco que por "dados" devemos entender toda e qualquer informação capaz de individualizar uma pessoa humana, identificando-a ontologicamente, assim como em suas preferências relacionais e interacionais.

Nesse sentido, importante resgatar fala da Dra. Elizabeth Denham[27], acerca do pertencimento e, portanto, da titularidade dos dados, quando de seu comentário acerca do caso de violação de dados pessoais dos consumidores da British Airways, multada em £183.39 em setembro de 2018, já sob a égide do novo GDPR:

27 DENHAM, Elizabeth. ICO. ***Intention to fine British Airways £183.39M under GDPR for data breach***. Disponível em: https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/ico-announces-intention-to-fine-british-airways/

> *People's personal data is just that – personal. When an organisation fails to protect it from loss, damage or theft it is more than an inconvenience. That's why the law is clear – when you are entrusted with personal data you must look after it. Those that don't will face scrutiny from my office to check they have taken appropriate steps to protect fundamental privacy rights.*

Portanto, os dados são pessoais e pertencem aos usuários das plataformas, assim como aos consumidores dos bens e serviços liberados por meio de cadastros ou *links* de acesso – como ocorre na esmagadora maioria das compras via *e-commerce* com a utilização de *cookies* pelos *players* –, devendo esses mesmos consumidores ter ingerência sobre seus dados, decidindo conscientemente a sua destinação, inclusive do ponto de vista econômico.

O Dr. Jean Tirole[28], Prêmio Nobel de Economia, já alertava para esse problema:

> No futuro, o valor agregado residirá essencialmente no tratamento dos dados. Poderemos controlar o acesso aos nossos próprios dados, bem como sua confidencialidade, ou seremos prisioneiros de uma empresa, uma profissão ou um Estado guardando ciosamente o controle do acesso a esses dados?

E mais do que simplesmente apontar a problemática, Tirole nos traz ambos os lados que compõem a questão, porque se de um lado os dados por assim dizer pertencem aos consumidores, o tratamento desses dados e os sistemas de criação de perfis, algoritmos e *bots* para estabelecimento das tendências, seriam, certamente, propriedade intelectual das empresas.

Aliás, sobre a definição de "tratamento" de dados, assim dispõe o GDPR (texto que serviu de influência àquele descrito pela LGPD[29] brasileira):

> Uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.

28 TIROLE, Jean. ***Economia do bem comum***. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 422.

29 Texto do art. 5º, inciso X da LGPD brasileira: "*X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração".*

Portanto, justamente como apontado pelo Dr. Tirole, tal operação e a definição dos regramentos de *inputs/outputs* dos algoritmos para o estabelecimento das tendências, é desenvolvimento tecnológico e, portanto, propriedade intelectual das empresas e, muitas vezes, interferem na qualidade dos dados captados. Como, pois, resolver o impasse?

O economista nos dá uma possibilidade de solubilidade, ao enfocar a forma de aquisição dos dados. Se a aquisição se deu através de altos investimentos das empresas, sem a participação direta dos consumidores, tais dados a elas pertenceriam. Se, todavia, os dados são colhidos diretamente dos consumidores, sem nenhum esforço, os dados seriam dos consumidores[30].

O caso das redes sociais, por exemplo, atende a esse último parâmetro, tendo em vista que o Facebook, seus braços (Instagram, WhatsApp, etc.), e outras redes sociais atuantes, não pesquisam os dados, mas apenas os recebem da própria pessoa deles titular. O usuário, no entanto, cede seus dados para poder participar de uma rede virtual de amizade, quando, em realidade, está possibilitando, sem saber, a criação de arquétipos de consumo de si mesmo, e, com isso, um tratamento para muito além da finalidade originalmente intentada.

Na mesma esteira se encontram os casos em que o consumidor procede a uma compra avulsa mediante preenchimento de seus dados pessoais ou a uma compra *online*, na qual seus dados ficam registrados como verdadeiras "pegadas digitais"[31] disponíveis ao provedor da *internet*, à eventual operadora de serviço (de *desktop* ou *smartphone*), aos *websites* e mesmo às plataformas de busca.

Na prática, vemos o mesmo diálogo dos conquistadores portugueses com os nativos do novo continente no século XV. Isso porque, em troca de miçangas e espelhos, os europeus ganharam informações que permitiram a dominação das terras e a subjugação dos povos ameríndios. No nosso paralelo contemporâneo, em troca de acesso a plataformas e de participação em mídias sociais, os consumidores concedem informações e dados que os tornarão reféns de controle e, frise-se, sem o saber.

Nesse sentido, útil dizer que, quando estabelecemos acima uma distinção clara entre o que se entende por "dados" e o que se entende por "tratamento de dados", o fizemos porque essa distinção, se se operasse com rigidez na realidade, poderia facilitar os processos de compreensão e freios éticos das condutas. Nessa esteira, leciona o Dr. Tirole[32]:

30 TIROLE, Jean. *Op. cit.*, pp. 422/423.

31 SUMPTER, David. ***Dominados pelos números. Do Facebook e Google às Fake News. Os algoritmos que controlam nossa vida***. Tradução: Ana Maria Sotero, Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019, p. 57

32 *Idem. ibidem*, p. 423.

> Se existisse uma separação nítida entre dados fornecidos pelo cliente e o tratamento desses dados, a política a seguir seria mais simples: os dados deveriam pertencer ao cliente e serem ao portador, isto é, intransferíveis a terceiros se o cliente assim desejasse.

Na realidade, as coisas já devem ser encaradas dessa forma. Porque o princípio da finalidade determina já há muito, que os dados sejam utilizados pelo controlador, dentro dos parâmetros contratados, portanto, para as finalidades contratadas. O conhecimento do tipo de tratamento e processamento dos dados, é, portanto, imprescindível ao consumidor.

Portanto, os regramentos que estabeleceram os princípios legais da proteção dos dados são de grande imperiosidade, porque ampliam o sistema de proteção ao consumidor, dando a este o direito de determinar os limites à fruição desses dados, limites esses que não podem ser engessados por contratos de adesão ou em meros "Termos de uso", onde o consumidor não possui verdadeira autonomia decisória.

Isso porque, já se passaram os tempos em que o *pacta sunt servanda* valia mais do que a função social que todo e qualquer contrato precisa desempenhar na nova era, como aliás, determina o art. 421 do Código Civil Brasileiro[33] e como lecionam Humberto Theodoro Jr.[34] e Arnaldo Rizzardo[35], respectivamente:

> A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Quando o art. 421 do novo Código brasileiro fala em função social para o contrato está justamente cogitando dos seus efeitos externos, isto é, daqueles que podem repercutir na esfera de terceiros.

> A função social do contrato exprime a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade; entre outras palavras, a compatibilização do princípio da liberdade com a igualdade, vez que para o liberal o fim principal é a expansão da personalidade individual e, para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.

33 BRASIL. Lei Federal nº. 10.406/2002 'Código Civil Brasileiro'. "Art. 421. *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

34 THEODORO JR., Humberto. ***O contrato e sua função social***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 35 e 41.

35 RIZZARDO, Arnaldo. ***Contratos***. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

Ao contrário do percebido por muitos, os direitos de proteção de dados e privacidade não entrarão em vigor no Brasil em 03 de maio de 2021 – ou na eventual nova data, caso haja mais um prolongamento da *vacatio legis* da lei geral de dados –, mas já vigoram por meio de outros dispositivos legais que, interconectados dada a aplicação sistêmica do ordenamento, já garantem aos consumidores proteção diante dos ditames da era digital, conforme abaixo se verá.

2. A MAGNA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA E O DIÁLOGO COM A CARTA DA ONU E COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ESTABELECENDO OS PRECEDENTES

Há mais de setenta anos foram lançados as bases e os precedentes do novo espírito colaborativo que anunciava o desejo de construção de um mundo mais comunitário e pacífico, restando, à época, constituído um documento jurídico-político que encerraria com maestria esse espírito: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)[36].

É da DUDH que vem, pois, o gérmen do reconhecimento da relevância do direito à privacidade, como direito humano e fundamental, no âmbito da contemporaneidade e como um bem *erga omnes*[37], e é a partir daí que há uma verdadeira guinada no panorama dialético do entendimento da privacidade, que havia sido anteriormente esmagado pelos regimes totalitários do século XX. Eis as disposições:

> Art. III. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.
>
> Art. XII. ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio e na sua correspondência, nem ataques à sua honra e à sua reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.
>
> Art. XVII. 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

36 ONU. DUDH. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf

37 CAVALCANTI DE SOUZA SANTOS, Mario Filipe. A generalização do direito à privacidade na dialética do escorço histórico. **Revista da Associação Paulista da Propriedade Intelectual**. São Paulo, n. 07, p. 38-43, mai./ago. 2020.

Vê-se, portanto, que o direito à privacidade, à propriedade e à segurança pessoal, correlatos entre si e inegavelmente conectados à lógica da necessária proteção dos dados pessoais, são elevados ao patamar de direitos supranacionais e de garantias fundamentais exigíveis por qualquer ser humano, tendo em vista que interconectados com o que veio a se chamar de "princípio da dignidade da pessoa humana". Como lembraram Eduardo Bittar e Guilherme Almeida[38]:

> A Declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Trata-se de um libelo contra o totalitarismo. Seus 30 artigos têm como objetivo principal evitar que o homem e a mulher sejam tratados como objetos descartáveis.

Na mesma esteira da DUDH, é inegável precedente à proteção de dados no Brasil, o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), estabelecida em 1969 e amplamente conhecida como "Pacto de San José da Costa Rica", promulgada pelo Decreto nº. 678/1992[39], que dispõe em seu art. 11:

> Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade
> 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
> 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
> 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Vê-se que o espírito da norma interamericana é o mesmo daquele expresso desde 1948 na norma da ONU: **garantir o direito à privacidade** e à propriedade como intrínsecos à condição de ser humano.

E é nesse espeque clarividente que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se baseou ao eleger como princípio fundamental do próprio Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e como cláusula pétrea, portanto, imutável, dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o **respeito à privacidade, ao sigilo dos dados e à autodeterminação do indivíduo**, senão vejamos:

38 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. ***Curso de Filosofia do Direito***. São Paulo: Atlas, 2001

39 BRASIL, Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto nº. 678/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana.
>
> 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:
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação
>
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal
>
> LXXII - conceder-se-á habeas data:
>
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
> b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Inviolável, pois, a dignidade da pessoa humana e todos os aspectos dela decorrentes, como o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo dos dados – além de, em última hipótese, as comunicações de dados, portanto, a vontade do indivíduo humano sobre a transmissão de suas informações pessoais.

Segundo o magistério de José Afonso da Silva[40], quando estabelece o direito à intimidade:

> A Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana.

40 SILVA, José Afonso da. ***Curso de direito constitucional positivo***. 40ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 209.

Vê-se, portanto, que embora a Carta Política brasileira reconheça no ambiente doméstico a guarita inconteste da intimidade, os novos tempos e o desenvolvimento do fenômeno da *internet* das coisas (*IOT*, na sigla em inglês) têm estendido a captação de dados e o mercado de vigilância, até mesmo a esse ambiente, como alertou Morozov[41]:

> O modelo do capitalismo 'dadocêntrico' adotado pelo Vale do Silício busca converter todos os aspectos da existência cotidiana em ativo rentável: tudo aquilo que costumava ser o nosso refúgio contra os caprichos do trabalho e as ansiedades do mercado.

Por isso que, segundo a visão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes[42], a determinação constitucional da inviolabilidade do sigilo de dados deve ser entendida como complementar à previsão ao direito da intimidade e da vida privada, tendo em vista que:

> A defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

De outro lado, inconteste também que o enaltecimento do *habeas data* como norma constitucional, demonstra a guarida na Lei Maior do Brasil, do **princípio da autodeterminação informativa**, portanto, o direito do indivíduo ter conhecimento sobre o que é feito com seus dados, de requerer a correção dessas informações e, o que posterior veio a se entender: a exclusão desses dados de eventuais bases que violam a sua finalidade, vez que, como lecionou Catarina Sarmento e Castro, professora da Faculdade de Direito de Coimbra[43]: "o direito à autodeterminação informativa nasce, assim, para garantir um direito à intimidade privada no que aos tratamentos de dados pessoais diz respeito".

41 Idem, ib idem, p. 33.
42 MORAES, Alexandre de. ***Direito constitucional***. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 74.
43 CASTRO, Catarina Teresa Rola Sarmento e. ***Direito da informática, privacidade e dados pessoais*.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 339.

Vê-se, portanto, que as normas internacionais consubstanciadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), inspiraram a Constituição da República brasileira, de 1988. E esta, por sua vez, elencou os direitos à privacidade, neles o da proteção/sigilo de dados, como garantias fundamentais dos indivíduos, o que, por óbvio, se estende às relações de consumo.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO

No Brasil, após grande demanda da sociedade civil, instituiu-se na última década do século XX, a Lei Federal nº. 8.078/1990, que disporia sobre a proteção ao consumidor, o famoso Código de Defesa do Consumidor (CDC), dispositivo legal que estabelece um microssistema de proteção ao indivíduo humano em sua relação de consumo, dada a desigualdade existente entre as empresas, o mercado competitivo e os indivíduos, esses últimos, ocupando a ponta extrema e frágil da corda.

Visa, portanto, o CDC, tutelar a relação de consumo e, nesse desiderato, impõe ao fornecedor a necessidade de prestar serviços e fornecer produtos sem falhas ou vícios, sob pena de responsabilização civil.

Assim que, havendo defeitos relativos à prestação de serviço ou insuficiência nas informações prestadas ao consumidor, são responsáveis legalmente os fornecedores, e de forma objetiva, conforme disciplina estampada no art. 14, *caput* do CDC[44], que determina:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Indo ainda mais longe, numa redação legislativa exemplar, o CDC expõe no parágrafo primeiro do art. 14, que o "serviço defeituoso" é aquele que não fornece ao consumidor a segurança que dele poderia esperar, senão vejamos:

> Art. 14. (...)
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as cir-

44 BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

> cunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo de seu fornecimento;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi fornecido.

Ora, entendemos que tal disposição do Código de Defesa do Consumidor tutela eficientemente os casos de violação de dados.

Isso porque, inegável que quando os dados dos consumidores são coletados mediante a aquisição de um bem ou a prestação de um serviço, é evidente que tais dados devem ser utilizados tão somente para essa finalidade. Deveria, portanto, o empresário inferir que, embora os dados sejam o novo insumo de mercado, se a intenção é a sua utilização para quaisquer finalidades que lhe garanta retorno financeiro, para além dos limites contratados, todos os consumidores titulares desses dados deveriam ser reconhecidos como seus acionistas, a quem deveria esse mesmo empresário remeter a parte que lhes coubesse.

Há quebra de confiança, portanto, e defeito na prestação do serviço, ainda que se fale em obrigação acessória, quando ocorre a desvirtuação da finalidade contratada, portanto, quando esses dados são utilizados para outras finalidades, inclusive por terceiros – no caso do Facebook/*Cambridge Analytica*, para criar arquétipos de vigilância e controle das opiniões políticas (dados sensíveis) e no caso de meu cliente, a utilização de seus dados (pessoais e sensíveis), por terceiros, estranhos à sua relação de consumo, para oferecer-lhe bens e serviços não solicitados.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência brasileira no sentido de que o fornecedor que presta serviços eivados de falhas e vícios tem o dever de indenizar o consumidor, além de reparar tais falhas, como nos precedentes abaixo, dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo[45] e do Rio Grande do Sul[46], vejamos:

> RECURSO – Apelação – 'Ação de indenização por danos materiais e morais' – Insurgência contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a demanda – Inadmissibilidade – Incontroversa existência de relação jurídica entre as partes – Evidenciada existência de fraude na realização de transações bancárias, em elevados valores, através do sistema de 'internet banking' – Banco apelante que responde não só pela segurança das ferramentas disponibilizadas em ambiente virtual, bem como pelo sigilo das informações pessoais de seus clientes – Apelante que não se desincumbiu de seu ônus proba-

45 TJ-SP - AC: 10009777320178260197 SP 1000977-73.2017.8.26.0197, Relator: Roque Antonio Mesquita de Oliveira, 18ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/03/2019.

46 TJ-RS - AC: 70054358205 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/07/2013.

> tório, previsto no artigo 373, inciso II, do CPC/2015 – Transações ilegítimas – Casa bancária que responde objetivamente por danos relativos a fraude, nos termos da Súmula 479 do STJ – Valores indevidamente debitados da conta corrente da apelada, que devem ser integralmente restituídos – Sentença mantida – Honorários advocatícios bem fixados e majorados – Recurso improvido.
>
> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. WEB HOSTING. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONFIGURAÇÃO. Hipótese em que o conjunto probatório dos autos conforta a versão do autor, apontando para a ocorrência de falha na prestação de serviços prestados pela ré. Sentença mantida. (...) DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Caso concreto em que a empresa autora teve sua imagem abalada, em razão da falha na prestação de serviço realizado pela ré, causando lesão à sua reputação e imagem. Caracterizado o dano moral puro, exsurgindo, daí, o dever de indenizar. Sentença mantida. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. (...) Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Veja-se que o CDC garante a inversão do ônus da prova, de modo que prescinde que o consumidor identifique a gênese da violação de seus dados, bastando que apresente suficiente indício de que eles foram violados, isto é, que foram entregues para determinado tratamento específico e que estão sendo utilizados por terceiros, estranhos à relação original, com fortes indícios de receptação a partir daquela relação original[47].

Cabe, portanto, ao fornecedor do bem ou serviço comprovar que os dados não foram violados, tendo em vista que o fornecedor responde independente se teve dolo ou culpa na violação dos dados.

Tal disciplina (da inversão do ônus da prova) encontra-se expressamente encartada como "direito básico do consumidor" no art. 6º, VIII do CDC, senão vejamos:

47 É justamente nesse sentido que se dá o caso Fabrício Vilela Coelho *vs* Cyrela Brazil Realty, por mim patrocinado, referenciado na primeira nota do presente artigo: após a aquisição de um imóvel no empreendimento "Thera Ibirapuera", da empresa citada, o consumidor (e também advogado) Fabrício, passou a ser assediado por terceiros em todos os meios possíveis e imagináveis, de forma extremamente insistente, sem limites de horários ou de qualquer convenção social, e em todos esses contatos, os terceiros citavam o empreendimento da Cyrela e o fato do consumidor ter adquirido imóvel nele. Como eles sabiam disso? Como podiam ofertar ao consumidor móveis personalizados no exato formato do imóvel adquirido? Como podiam oferecer financiamentos que se adequavam perfeitamente às informações financeiras de meu cliente? Era, pois, o típico caso de *data breach.* A sensação do consumidor diante do fato de seus dados pessoais e sensíveis terem sido violados e repassados a terceiros é de frustração o dano moral excede a própria perturbação da paz em si, causada pelos contatos reiterados.

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Note-se que esse regramento é pacífico na jurisprudência brasileira[48]:

> PROCESSO CIVIL - CDC - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS. Nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, é direito do consumidor hipossuficiente, no processo civil, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor.

Frise-se, ainda, que, como determinado pelo próprio CDC, em seu art. 47, as cláusulas dos contratos avençados com os consumidores no caso de entrega de dados (inclusive eventuais "Termos de uso"), devem ser interpretadas do ponto de vista mais favorável ao consumidor.

Portanto, inegável que o Código de Defesa do Consumidor, dá prosseguimento à onda de proteção, cujos precedentes foram delineados pela própria Carta política.

4. A PRIMAVERA DOS REGULAMENTOS ESPECÍFICOS DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL: A LEI DO CADASTRO POSITIVO

Em 09 de junho de 2011, restou promulgada pela presidente da República Dilma Vana Rousseff, a Lei Federal nº. 12.414/2011[49], intitulada Lei do Cadastro Positivo (LCP) que disciplina a formação e consulta aos bancos de dados com informações de adimplementos de obrigações financeiras pelas pessoas, naturais ou jurídicas, no Brasil.

A legislação, que atendia à demanda de setores do mercado que intentavam estimular o adimplemento por meio de um *score* originado de um histórico de crédito do consumidor, se mostrou bem mais do que isso, permitindo que, a partir das bases lançadas, se iniciasse o que chamaremos "primavera dos regulamentos específicos da proteção de dados no Brasil".

48 TJ-MG, 2.0000.00.420630-2/000(1), Relator: GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES, Data de Publicação: 10/03/2004

49 BRASIL, Lei Federal nº. 12.411/2011 'Lei do Cadastro Positivo'. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm.

Isso porque, no intento de criar uma alternativa paralela ao já conhecido "cadastro negativo" ou "cadastro de restrição de crédito" gerado para desestimular o inadimplemento das obrigações, o "cadastro positivo", ou "*bureau* positivo", tem como objetivo compartilhar com instituições interessadas em empreender análise de crédito (para atender demanda do consumidor), dados que permitam a construção de um novo arquétipo de consumo, o perfil de "bom pagador", em outras palavras, seu histórico de adimplemento de obrigações, conforme argumenta o Sistema de Proteção ao Crédito no Brasil (SPC)[50]:

> O Cadastro Positivo reúne, de forma segura, as informações de pagamentos que você já fez ou está fazendo. Esses dados ficam guardados num histórico que leva em conta não apenas o momento atual, mas toda a sua vida financeira recente. Conforme você paga suas contas, seu comportamento de pagamento é registrado em seu histórico. Assim, as empresas poderão analisar seu perfil como um todo, e não apenas se seu nome está negativo ou não.
> Desta forma, você poderá ter acesso a menos juros e menos burocracia na hora de solicitar crédito.

Como pode ser visto, trata-se de cadastro de dados relativos aos pagamentos realizados pelo consumidor, de modo a permitir maior garantia aos empresários, quanto à tendência de adimplemento, e em troca, promete dar aos consumidores maior facilidade de acesso ao crédito – sistema que possui lógica que se retroalimenta, portanto.

Note-se, contudo, que tal sistema é absolutamente voluntário – não podendo ser imposto pelas empresas aos consumidores – e, jamais permite a divulgação ostensiva desses dados pessoais a terceiros, para finalidades não previstas, conforme ditames da própria Lei do Cadastro Positivo.

Tão firme é o entendimento da legislação no sentido da **exclusividade de tratamento dos dados no atendimento da finalidade do cadastro**, que tal dicção está estampada já do primeiro artigo, sendo revisitada pelos arts. 3º e 7º da lei, senão vejamos:

> Art. 1º Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor.
> Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimple-

50 Sistema de Proteção ao Crédito (SPC). Cadastro Positivo Consumidor. Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/cadastropositivo/consumidor/index.html#oquee. Acesso em 16/06/2020

> mento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.
>
> Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:
> I - realização de análise de risco de crédito do cadastrado
> II - subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente.

Portanto, a finalidade do cadastramento dos dados do consumidor no referido "*bureau* positivo" é única e exclusivamente a de atestar a confiabilidade do consumidor no que tange ao adimplemento de suas obrigações, e o acesso é dado a instituições com intuito de consultar esse histórico de crédito, para subsidiar decisão de conceder ou não crédito/financiamento ao consumidor.

Vê-se, pois, a preocupação do texto legal com a especificação da finalidade do tratamento dos dados, bem como com o engessamento de seu tratamento, no esteio da atividade contratada. Temos aqui, então, uma nítida limitação às atividades do controlador dos dados e lançados os regramentos que podem ser estendidos para todo e qualquer caso de tratamento de dados de consumidor no Brasil: **a vigência e efetivação do princípio da finalidade**.

E tanto é assim que a legislação, em seu art. 5º, inciso V, determina que é direito do cadastrado, portanto, do consumidor, ser informado previamente sobre a finalidade do tratamento dos dados, assim como dos destinatários de tais dados em caso de compartilhamento, senão vejamos:

> Art. 5º São direitos do cadastrado:
> V - ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento.

Na mesma toada, o inciso VII do mesmo artigo erige como direito do cadastrado, portanto, do consumidor, que seus dados pessoais somente sejam utilizados com a finalidade para a qual foram coletados, senão vejamos:

> Art. 5o São direitos do cadastrado:
> VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

Vê-se, portanto, a enorme relevância do diploma legal da LCP no Brasil,

para vias de implementar, já nos idos de 2011, os regramentos principiológicos do princípio da finalidade do tratamento dos dados e do respeito ao interesse expresso do consumidor.

E veja-se que o Superior Tribunal de Justiça[51], interpretando a LCP, deixou cristalino outro princípio que seria balizado futuramente pela LGPD brasileira, o **princípio da autodeterminação informativa**. Tendo em vista que aquela Corte de Justiça infraconstitucional entende que é nula de pleno Direito a cláusula que obriga o consumidor a anuir à transferência de seus dados, do fornecedor de serviço originalmente contratado para o cadastro positivo, portanto, para o compartilhamento com outras instituições financeiras, senão vejamos:

> RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS. NECESSIDADE DE OPÇÃO POR SUA NEGATIVA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA. ABRANGÊNCIA DA SENTENÇA. ASTREINTES. RAZOABILIDADE. (...)
> 3. É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras, assim como com entidades mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento.
> 4. A cláusula posta em contrato de serviço de cartão de crédito que impõe a anuência com o compartilhamento de dados pessoais do consumidor é abusiva por deixar de atender a dois princípios importantes da relação de consumo: transparência e confiança.
> 5. A impossibilidade de contratação do serviço de cartão de crédito, sem a opção de negar o compartilhamento dos dados do consumidor, revela exposição que o torna indiscutivelmente vulnerável, de maneira impossível de ser mensurada e projetada.
> 6. De fato, a partir da exposição de seus dados financeiros abre-se possibilidade para intromissões diversas na vida do consumidor. Conhecem-se seus hábitos, monitoram-se a maneira de viver e a forma de efetuar despesas. Por isso, a imprescindibilidade da autorização real e espontânea quanto à exposição.
> 7. Considera-se abusiva a cláusula em destaque também porque a obrigação que ela anuncia se mostra prescindível à execução do serviço contratado, qual seja obtenção de crédito por meio de cartão.
> 8. Não se estende a abusividade, por óbvio, à inscrição do nome e CPF de eventuais devedores em cadastros negativos de consumidores (SPC, SERASA, dentre outros), por inadimplência, uma vez

51 STJ, REsp 1.348.532 – SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ªT, Dj: 10/10/2017

> que dita providência encontra amparo em lei (Lei n. 8.078/1990, arts. 43 e 44).
>
> 11. Recurso especial parcialmente provido.

O entendimento acima, esposado pelo STJ, demonstra, portanto, que a validade do tratamento dos dados do consumidor para a criação de um *score* em seu nome somente ocorre **quando o consumidor expressa sua vontade** de anuí-lo **de forma consciente**, não podendo ser obrigado por contratos de adesão ou por "Termos de uso", por exemplo.

Antes mesmo da afirmação do precedente acima, os Tribunais de Justiça dos Estados já julgavam matérias nesse sentido, como podemos ver na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná[52], abaixo colacionada:

> RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REPASSE DE INFORMAÇÕES PESSOAIS E DADOS BANCÁRIOS A OUTRAS EMPRESAS PELA EMPRESA DE TELEFONIA. COBRANÇAS INDEVIDAS REALIZADAS NO CARTÃO DE CRÉDITO DA RECLAMENTE. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO, EM DOBRO, DEVIDA. CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> 1. In casu ficou demonstrado que após o repasse de dados pessoais e informações bancárias dos consumidores pela empresa de telefonia à corré, sem prévia autorização, a reclamante sofreu cobranças em seu cartão de crédito por serviços não solicitados.
> 2.Nestas condições, diante da conduta abusiva das reclamadas, é devida a repetição do indébito, em dobro, eis que evidente a má-fé e o intuito de obterem lucro indevido em prejuízos dos consumidores, bem como a indenização por danos morais, na medida em que a situação extrapolou a mera cobrança de dívida.

Inegável, portanto, que a LCP inaugurou a primavera da proteção de dados no Brasil.

5. FINCANDO ESTACAS: O MARCO CIVIL DA INTERNET

Nesse mesmo esteio, apenas três anos após a promulgação e entrada em vigor da Lei do Cadastro Positivo (LCP), a presidente da República Dilma Vana Rousseff também promulgou outra lei extremamente importante para a matéria da

52 TJPR, 0002916-31.2014.8.16.0184/0, Mag. Rela. Renata Ribeiro Bau, 3ª TR, Dj: 15/10/2015

proteção de dados no Brasil: a Lei Federal nº. 12.965/2014[53], conhecida amplamente como o Marco Civil da Internet (MCI).

Entendemos que essa legislação, tamanha sua importância, finca estacas quanto aos ditames da proteção de dados no Brasil. Isso porque, foi promulgada com o intento de estabelecer "*princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet*" e é fático que, sob esse desiderato, construiu-se em verdadeira disciplina legislativa da proteção de dados e da privacidade dos cidadãos, sobretudo em sua relação de consumo digital, no país.

Isso porque, ao estabelecer os princípios da disciplina do uso de redes digitais, aquele diploma legislativo garantiu o seguinte, senão vejamos:

> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> II - proteção da privacidade;
> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
> VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei.

Ora, **a proteção dos dados pessoais tornou-se princípio básico expresso do diploma legal do MCI**, passando a regrar as atividades de transmissão e transferências de informações em rede, assim como determinando a responsabilização dos controladores pelo desvio de tais princípios.

Indo mais longe, estabeleceu como direitos e garantias dos particulares a inviolabilidade de sua intimidade, sob pena de indenização pelos danos morais ou patrimoniais decorrentes de sua violação, veja-se:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
>
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda nesse sentido, e certamente instituindo normativo completamente adequado, o MCI determinou em seus incisos VII e VIII, do art. 7º, como assegurados os direitos dos particulares sobre a utilização dos dados na finalidade expressa pela contratação, salvo consentimento livre, expresso e informado, em

53 BRASIL, Lei Federal nº. 12.965/2014 'Marco Civil da Internet'. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

correlação perfeita aos ditames do art. 5º, incisos V e VII da LCP, citada no tópico acima:

> Art. 7º. (...) são assegurados os seguintes direitos:
>
> VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;
>
> VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
> justifiquem sua coleta;
> não sejam vedadas pela legislação; e
> estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet.

Vê-se, portanto, que tal é a harmonia legislativa do ordenamento jurídico quanto à matéria ventilada, bem como a harmonia entre normas, que tanto na legislação de 2011 (LCP), quanto na legislação de 2014 (MCI), ambas em vigor, exige-se o tratamento adequado dos dados do consumidor, devendo esses serem utilizados em finalidade que justifique sua coleta e que esteja especificada em contrato e com a qual o consumidor concorde, sem coação.

Ainda nesse espeque, importante aclarar que a disposição do art. 7º, inciso IX do MCI aperfeiçoou a disposição legal do art. 4º da LCP, para assim dispor, senão vejamos:

> Art. 7º. (...) são assegurados os seguintes direitos:
> IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais.

Ora, como visto, não basta que haja "cláusula perdida" em contratos extensos, ou letras diminutas no rodapé de uma página, para que o empresário possa se valer dos dados pessoais de seus clientes, mas deve haver destaque no contrato que chame a atenção do consumidor acerca de qualquer autorização referente ao tratamento desses dados e a finalidade envolvida e, mesmo, deve haver lógica entre o tratamento contratado e o escopo do próprio serviço garantido pelo contrato, sendo, portanto, impensável que um consumidor adquira um imóvel e ganhe "de quebra", a exposição de seus dados a terceiros para impulsionamento de vendas.

Na Seção II do MCI, intitulada "Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas", aquele diploma legal assim estabeleceu:

> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
>
> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Portanto, vemos que inegável a força da legislação brasileira, tanto nos ditames da Constituição da República (CRFB), quanto naqueles da Lei do Cadastro Positivo (LCP), como no Marco Civil da Internet (MCI) quanto à proteção dos dados pessoais, o seu tratamento dentro dos limites definidos, a estipulação da finalidade de tratamento de forma clara, devendo o consumidor decidir por anuir ou não de forma consciente, livre e informada, bem como a responsabilização dos controladores dos dados pelo desvirtuamento de todos esses princípios e normativos legais.

Até nesse ponto, a legislação federal advinda do MCI é clara e protege o consumidor, sendo, indubitavelmente a primavera dos regulamentos da proteção de dados no Brasil.

6. À GUISA DE RETOQUE: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Nesse sentido, vemos claramente que **a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nada mais é do que um regulamento geral** de todas essas normas já presentes há muitos anos em nosso ordenamento jurídico, servindo como espécie de balizamento dos princípios e normativos diretivos das questões atreladas aos dados.

Tal diploma normativo segue tendência mundial de centralização dos normativos anteriormente esparsos, de proteção dos dados dos consumidores, seja na utilização de redes digitais, ou mesmo nos meios tradicionais de compra – portan-

to, seja ou não no campo do digital.

Neste aspecto, tal legislação se encontra na vanguarda mundial, conforme exemplos do *General Data Protection Regulation* (GDPR) na União Europeia, que passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável a todos os países do bloco, e o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), nos Estados Unidos da América, implementado através de uma iniciativa em âmbito estadual, na Califórnia, onde foi aprovado no dia 28 de junho de 2018.

Portanto, independente da data em que a LGPD entre em vigor, seus princípios e axiomas já são aplicáveis tendo em vista todo o aparato normativo já mencionado, inclusive, a recepção já há 09 (nove) anos dos direitos de proteção de dados no Brasil no âmbito infraconstitucional e há 32 (trinta e dois) anos no âmbito constitucional.

Há que se notar, inclusive, que as disposições da LGPD não inovam quanto aos direitos ora analisados, apenas expandindo-os e lhes dando roupagem mais complexa.

Isso porque, tal como nas legislações federais supracitadas, a LGPD assim determina quanto aos direitos dos consumidores e, portanto, dos particulares na garantia da proteção de seus dados, na inviolabilidade da intimidade, e da vida privada etc.:

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
> I - o respeito à privacidade;
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
> VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.
>
> Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

No campo dos regramentos ao tratamento dos dados, salta aos olhos as limitações impostas, vejamos:

> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
> I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular
> § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

> Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:
> I - confirmação da existência de tratamento;
> (...)
> IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
> (...)
> VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados.

Portanto, resta cristalino que a nova lei repisa determinações já há muito cogentes quanto à necessidade de consentimento prévio e consciente pelo titular dos dados, bem como da utilização dos dados em respeito da finalidade contratada.

Quanto ao regramento e ao esclarecimento dos liames do consentimento do titular dos dados, a LGPD vai ainda mais longe que o MCI, mas trilhando a mesma esteira, deixando claramente firmadas a **necessidade de consentimento expresso, direto, objetivo, consciente e para uma finalidade específica**, senão vejamos:

> Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular
> § 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento
> § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.
>
> Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:
>
> § 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.
> Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas.

> Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
>
> I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas.

Cristalino, pois, que a LGPD brasileira já está em vigor vias de fato, dados os princípios e normas legais por ela balizados, mas que já presentes na norma maior da República e nas leis federais que garantem ao consumidor o respeito e a necessária proteção de seus dados.

Nesse sentido, para além da criação de uma Agência Nacional de Proteção de Dados[54] como instância administrativa regulatória/fiscalizatória, pode todo e qualquer consumidor se valer do Poder Judiciário para fazer cessar qualquer lesão ou ameaça de lesão aos direitos que já possuem sobre seus dados, independentemente do acesso à instância administrativa, como é cediço.

7. NA TRILHA DO EXPOSTO: UM PRECEDENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na trilha de todo o exposto, e para demonstração do absoluto acerto da tese contida no presente artigo e da decisão que tomamos de ajuizamento da ação de meu cliente ainda em 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou por 10 votos a 1, em 06 de maio de 2020, a confirmação das liminares deferidas em cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória nº. 954/2020.

Tal MP, promulgada pelo atual presidente da República, tinha como objetivo obrigar empresas de telecomunicações a repassar ao governo federal, por meio da fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), relação dos nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, sob o argumento de que tais dados seriam tratados para vias de estatísticas oficiais da pandemia do SARS-Cov-2 (Covid-19) no Brasil.

Note-se, por absolutamente curioso, que a recomendação da MP em questão não foi proposta pelo Ministério da Saúde, mas pelo da Economia[55].

Contra tal Medida Provisória, cinco ADIs foram impetradas por quatro partidos políticos brasileiros[56] e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados

54 Na mesma data em que o Senado votou prejudicado o adiamento da LGPD, o Executivo promulgou o Decreto nº. 10.474/2020, instituindo a ANPD.

55 GUEDES, Paulo Roberto Nunes. Ministro de Estado da Economia. MP nº 954/2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8097182&ts=1591963010459&disposition=inline. Acesso em 17/06/2020

56 Partido Social Democracia Brasileira (PSDB) – ADI nº. 6388; Partido Socialista Brasileiro (PSB) – ADI nº. 6389; Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – ADI nº. 6390 e Partido Comunista do

do Brasil (CFOAB)[57], sob o argumento comum de que tal MP, ao obrigar[58]:

> as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar à Fundação IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados.

O Voto proferido pela Ministra Relatora Rosa Weber, seguido pela esmagadora maioria do plenário do Supremo, é, justamente, de derrubada da MP do Executivo federal, tendo em vista a sua falta de clareza quanto à finalidade específica, bem como da amplitude do tratamento desses dados:

> Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a norma não oferece condições para a avaliação da sua adequação e necessidade. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal.

Veja-se que a falta de apoio da própria sociedade civil a essa Medida Provisória é esmagadora, conforme se pode ver da consulta pública[59] disponibilizada no "E-Cidadania", portal do Senado da República na internet para consulta à população:

Brasil (PCdoB) – ADI nº. 6393.

57 ADI nº. 6387.

58 SECOM-STF. ***Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE***. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1. Acesso em 17/06/2020.

59 Resultado apurado pelo Senado até às 15h39 de 17/06/2020. Fonte: Senado. https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=141619

Importante frisarmos que em seu Voto, a Exma. Ministra relatora, além de contextualizar a relevância das questões atinentes ao tratamento de dados pessoais, tornou cristalina a proteção que tais dados possuem como matéria constitucional, valorada como preceito fundamental da Carta Política, sendo extremamente relevante o seu cumprimento tanto pelos agentes públicos, quanto pelos privados, vejamos:

> Entendo que as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade.
>
> A Constituição da República confere especial proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ao qualificá-las como invioláveis, enquanto direitos fundamentais da personalidade, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). O assim chamado direito à privacidade (right to privacy) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.
> A fim de instrumentalizar tais direitos, a Constituição prevê, no art. 5º, XII, a inviolabilidade do 'sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal decidiu em maio do corrente ano que a matéria da proteção de dados encontra-se devidamente recepcionada pela própria Constituição da República, desde 1988, por meio da disposição do art. 5º, nos incisos já citados no presente artigo.

Tal decisão, portanto, reconhece a matéria da proteção de dados como direito fundamental da personalidade humana e, por isso, dialoga perfeitamente bem com as disposições do CDC, da LCP, do MCI e da própria LGPD, cuja vigência tem sido postergada desnecessariamente, assim como dos regramentos análogos do Direito Comparado, como o GDPR europeu.

CONCLUSÃO: NÃO HÁ MAIS ESCAPATÓRIA

A conclusão a que chegamos é nítida: não há mais escapatória.

O mundo *hiperconectado*, a era digital, as novas interfaces tecnológicas,

as mediações algorítmicas e, portanto, numéricas, da realidade social, todas essas perspectivas, como afirmara o Dr. Eneus Trindade[60], professor-pesquisador da Universidade de São Paulo, geram uma nova compreensão de sociedade e cultura:

> When thinking about the production of data in algorithms, we realize that the promotion of standards for data inclusion happens through the actors. Such actors are not necessarily human since AI has data capture machines. This finding favors the dialogue with the actor-network perspective of Latour, which studies the actors in connection in the digital networks and their flows of meanings. That is the narrative/discursive course of the networks, as a new domain of understanding of society and culture.

E para além da própria compreensão do cultural e do social, vivemos uma remodelação do mundo, sob as mediações do digital e dos algoritmos e isso se dá tanto na esfera do público – e, assim, das políticas públicas para vigilância e controle[61] das populações –, como na esfera do privado – e, assim, da utilização do *big data* para o tratamento dos arquétipos de consumo para além do conhecimento das pessoas, para gerar acumulação através de um consumismo que se retroalimenta, portanto, de uma outra vigilância e de um outro controle.

Nesse contexto, não podemos apontar as mediações algorítmicas em si mesmas, como nocivas ao social e aos direitos de privacidade, mas podemos facilmente entender que os atores que controlam o novo *modus operandi* do poder global possuem suas próprias agendas e elas não incluem a vontade conscientemente informada das pessoas.

Assim que, os ditames dos direitos à privacidade e os seus consectários correlatos, como os da proteção à intimidade, à vida privada, ao sigilo dos dados, ao tratamento adequado e que respeite a finalidade contratada, todos esses preceitos se fundam nos movimentos globais por uma ética do digital e da transferência de dados e, sobretudo, no Brasil, na Constituição da República promulgada desde 1988, nos tratados e convenções internacionais nos quais o Brasil é signatário há décadas, nas Leis do Cadastro Positivo e do Marco Civil da Internet.

Nesse sentido, embora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, ainda tenha a sua vigência protelada por uma espécie de acordo entre os Poderes Executivo e Legislativo, somente podemos entender como proteladas as normas procedimentais da persecução administrativa da proteção dos dados e da

60 TRINDADE, Eneus. ***Algorithms and Advertising in Consumption Mediations: A Semio-pragmatic Perspective***. In: Meiselwitz G. (eds) Social Computing and Social Media. Communication and Social Communities. HCII 2019. Lecture Notes in Computer Science, vol 11579. Springer, Cham. p. 518.

61 GRAHAM, Stephen. ***Cidades sitiadas. O novo urbanismo militar***. Tradução: Alyne Azuma. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. p. 52.

responsabilização dos infratores, não a salvaguarda dos direitos nela previstos, pelo Poder Judiciário.

Isso porque, as normas principiológicas e, mesmo, aquelas cuja positivação já se encontram há muito recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, impõem a sua inescusável vigência e, assim, os movimentos necessários dos atores comerciais à proteção dos dados pessoais dos consumidores e o seu tratamento adequado e dentro das finalidades contratadas.

O vilipêndio de qualquer desses direitos, no Brasil, deve ser corrigido pelo Poder Judiciário, que, afinal de contas, é o guardião das leis e da Constituição.

De fato, não há mais escapatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm;

_____Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;

_____ Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto nº. 678/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf;

_____ Lei Federal nº. 10.406/2002 'Código Civil Brasileiro'. "Art. 421. *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

_____ Lei Federal nº. 13.709/2018 'Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais'. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm;

_____ Lei Federal nº. 13.853/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm;

_____ Lei Federal nº. 12.411/2011 'Lei do Cadastro Positivo'. Dispo-

nível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm;

_____ Lei Federal nº. 12.965/2014 'Marco Civil da Internet'. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. **The Guardian.** Disponível em: https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. **Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

CASTRO, Catarina Teresa Rola Sarmento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais.** Coimbra: Almedina, 2005.

CHOMSKY, Noam. **Mídia. Propaganda política e manipulação**. São Paulo: Martins Fortes, 2017.

CHRISTIAN, Brian; GRIFFITHS, Tom. **Algoritmos para viver. A ciência exata das decisões humanas**. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

DE LORI, Andrews. Facebook is using you. Sunday Review. **The New York Times.** Disponível em: https://www.nytimes.com/2012/02/05/opinion/sunday/facebook-is-using-you.html?_r=0.

DENHAM, Elizabeth. ICO issues maximum £500,000 fine to Facebook for failing to protect users' personal information. Disponível em: https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2018/10/facebook-issued-with-maximum-500-000-fine/;

_____ Intention to fine British Airways £183.39M under GDPR for data breach. Disponível em: https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/ico-announces-intention-to-fine-british-airways/.

GRAHAM, Stephen. **Cidades sitiadas. O novo urbanismo militar**. São Pau-

lo: Boitempo Editorial, 2016.

GRASSEGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. **The data that turned the world upside down**. Motherboard, 2007, in MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes. Ministro de Estado da Economia. Medida Provisória nº. 959/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-959-20.pdf;

_____ Ministro de Estado da Economia. MP nº 954/2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8097182&ts=1591963010459&disposition=inline.

KLEBNIKOV, Sergei. Por que as ações do Facebook parecem indestrutíveis. **Forbes**, 2020. Disponível em: https://forbes.com.br/negocios/2020/01/por-que-as-acoes-do-facebook-parecem-indestrutiveis/.

KNAST, Priscilla. **7 tipos de cookies do navegador.** Disponível em: www.oficinadanet.com.br/internet/24798-7-tipos-de-cookies-do-navegador.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU. DUDH. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech. A Ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: Ubu Editora, 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Jornal Oficial da União Europeia. 'Regulamento Geral de Proteção de Dados' da União Europeia. Item 4, art. 4º Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt

PLATÃO. **A República**. 514-a/517-c. in MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia**. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 2ªed. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

PEREZ, Clotilde; TRINDADE, Eneus. **Das Mediações Comunicacionais à mediação comunicacional numérica no consumo:** uma tendência para a pesquisa. São Paulo: Trabalho apresentado no IX Propesq PP – Encontro de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda, 2018.

Portal Intelectual: **Proteção de dados:** Cyrela é processada por tratamento inadequado de dados de consumidores e sofre liminar. Disponível em: https://www.portalintelectual.com.br/protecao-de-dados-cyrela-e-processada-por-tratamento-inadequado-de-dados-de-consumidor-e-sofre-liminar/.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSA, Arthur. Liminar evita uso de dados de consumidor. Informações foram divulgadas a terceiros por empresa. **Valor Econômico.** Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/09/29/liminar-evita-uso-de-dados-de-consumidor.ghtml.

SECOM-STF. **Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Sistema de Proteção ao Crédito (SPC). Cadastro Positivo Consumidor. Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/cadastropositivo/consumidor/index.html#oquee.

SUMPTER, David. **Dominados pelos números. Do Facebook e Google às Fake News. Os algoritmos que controlam a nossa vida**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

The Harris Poll. 2019 Corporate Reputation Rankings. Disponível em: https://theharrispoll.com/axios-harrispoll-100/

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum.** Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

TRINDADE, Eneus. **Algorithms and Advertising in Consumption Media-**

tions: A Semio-pragmatic Perspective. In: Meiselwitz G. (eds) Social Computing and Social Media. Communication and Social Communities. HCII 2019. Lecture Notes in Computer Science, vol 11579. Springer, Cham.

VALENTE, Fernanda. Juíza multa construtora por compartilhar dados pessoais de cliente. **Consultor Jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/juiza-impoe-multa-cyrela-repassar-dados-pessoais-cliente.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, 2015, p. 75-89 *in* BRUNO, Fernanda et al. (org.). Tecnopolíticas da Vigilância. Perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

11

PONDERAÇÕES ACERCA DA LEI N.º 9.492/97: DA IMPOSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIÃO DE PROTESTOS

Ronaldo de Albuquerque Agra
Advogado
Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Especialista em Direito Eleitoral pela ESA/PE
Aluno do Curso de Doutorado em Processo Constitucional pela Universidade de Buenos Aires
Membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais (ABCCRIM)

RESUMO: A Lei n.º 9.492/97 – denominada "Lei de Protestos" – não se encontra integrada ao ordenamento jurídico atual. Editada em 1997, época em que assuntos como prescrição e decadência não eram consideradas matérias de ordem pública, o texto legal, ainda vigente, impede que o Tabelião do Cartório analise a prescrição do título. Dessa forma, permite-se que dívidas prescritas sejam protestadas, pondo em risco a segurança do ordenamento jurídico. Protestar dívida prescrita configura abuso de direito, passível de indenização; entretanto, se esse artigo fosse revogado, demandas seriam evitadas e a Lei de Protestos se integraria coerentemente ao sistema legal. Portanto, sob a égide de uma abordagem qualitativa e de natureza aplicada, visamos explorar o tema através de levantamentos bibliográficos, propondo-se a analisar as situações decorrentes desse ilogismo.

PALAVRAS-CHAVE: Protesto. Dívida. Prescrição. Ilegalidade. Indenização.

BREVE INTROITO

Esse artigo nasceu da análise empírica, oriunda da *práxis* jurídica, que nos permitiu observar um aumento nos últimos anos da quantidade de protestos realizados pela Fazenda Pública, cujas dívidas, em alguns casos, foram acometidas pela prescrição.

Apesar do protesto extrajudicial ser um meio coercitivo e célere à cobrança de dívidas, uma vez que auxilia o Poder Judiciário na prevenção e solução de possíveis litígios, o art. 09 da Lei n.º 9.492/97 mantem sua redação original e impede a análise da prescrição pelo Tabelião do Cartório de Protestos, gerando uma situação injusta, que permite ao credor se utilizar desse meio para coagir o devedor a pagar dívidas prescritas.

A finalidade do protesto é evitar os custos de um processo judicial, poupando o tempo de ambas as partes e auxiliando na diminuição de ações judiciais, garantindo ao titular do direito material o recebimento do crédito de forma oportuna, eficiente, econômica e tempestiva.

Todavia, impossibilitar a análise da prescrição pelo tabelião do cartório é ir de encontro ao princípio da economia processual, uma vez que esse ato implica no aumento de conflitos decorrentes do ajuizamento de outras demandas, de cunho indenizatório, que poderiam ser evitadas com a simples recusa do protesto. Portanto, nesse contexto, desenvolvemos essa reflexão, discorrendo sobre os aspectos que circundam o tema, a exemplo da prescrição e do dever de coerência do ordenamento jurídico como garantias da segurança e da paz social.

1. PRESCRIÇÃO: INSTITUTO INDISPENSÁVEL À ESTABILIDADE E À CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO

A palavra *praescriptio* significa literalmente um escrito posto antes (*prae-scriptio*)[1]. O aspecto da prescrição que primeiro se salientou foi realmente o da prescrição aquisitiva, figurando na Lei das XII Tábuas. Apenas beneficiava o cidadão romano e incidida somente sobre coisas romanas.

Foi Justiniano quem refundiu completamente o instituto, destacando sua dupla face, aquisitiva ou extintiva, sendo essa o meio pela qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo; e aquela um modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada.

Atualmente, a prescrição figura indiscriminadamente em todas as legislações contemporâneas *pro bono publico*, havida como filha do tempo e da paz[2], sendo considerada na Teoria Geral do Direito como a morte da ação que tutela o direito pelo decurso do tempo previsto em lei para esse fim[3].

1 Monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil. Vol. I. Parte Geral. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Pág. 286.
2 *Idem*. Pág. 288.
3 Machado, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Pág. 151.

2. LEI DE PROTESTOS: IMPOSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIONATO

De acordo com o art. 09 da Lei n.º 9.492/97 todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, ***não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade***. Dessa forma, o que obsta o registro do protesto é qualquer irregularidade formal existente no título, conforme preceitua o parágrafo único desse mesmo artigo.

A Lei n.º 12.767/2012 acrescentou o parágrafo único ao art. 01 da Lei n.º 9.492/97 tornando títulos sujeitos a protestos: as Certidões da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, implicando no aumento do número de dívidas levadas a protesto. Todavia, a problemática surge quando, em alguns casos, o credor realiza o protesto de uma dívida prescrita, tendo em vista a brecha legal permitida pelo art. 09 da Lei de Protestos.

Defendemos a alteração dessa norma, porque a declaração da prescrição pelo Tabelião de Protestos contribuiria diretamente à redução das demandas indenizatórias por reparação de dano moral provenientes de abuso de direito, a exemplo do julgado adiante transcrito, cujo teor condenou a União com base na responsabilidade objetiva, elencada no art. 37, §6º da Constituição Federal, em face de um ato comissivo perpetrado pela Fazenda Nacional, que culminou em um protesto indevido de certidão de dívida ativa acometida pela prescrição.

> **CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLEMENTES. DANO PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO.**
>
> 1. Insta perquirir a natureza de eventual responsabilidade civil da União, a quem é imputada a responsabilidade pelo protesto de dívida prescrita e inscrição indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito (fl. 22). 2. Verifica-se, no caso concreto, a existência de um ato comissivo, a ensejar a responsabilidade objetiva da União, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, bastando, portanto, a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal, sendo despicienda a análise da culpa. 3. Tendo em vista que a prescrição do crédito tributário foi reconhecida pela União (fl. 69 verso), houve o protesto indevido da certidão de dívida ativa (fl. 19) e a formalização do protesto propiciou a inclusão indevida do nome da demandante nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito (fl.

> 22), há prova cabal nos autos acerca da conduta da União, do dano suportado pela contribuinte, bem como do nexo de causalidade entre a ação e o resultado, derivando deste contexto a responsabilidade objetiva da demandada. 4. A par disso, consoante remansoso entendimento jurisprudencial, a inclusão indevida da contribuinte nos cadastros de inadimplentes gera dano moral presumido, passível de indenização. 5. A fixação do quantum indenizatório depende da análise da relação entre reparação integral (à luz da extensão da lesão) e vedação ao enriquecimento sem causa. 6. No que tange ao montante da indenização, deve ser observado que as lesões a direitos de personalidade não apresentam natureza econômica, mostrando-se inviável a avaliação pecuniária precisa de sua extensão e, consequentemente, qualquer tentativa de tarifação, devendo o julgador, por um lado, compensar ou confortar o lesado e, de outro, desestimular e até mesmo punir o causador do ilícito, analisando aspectos tais como condição social do ofensor, viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, grau de culpa, gravidade do dano e reincidência. 7. *In casu*, considerando as circunstâncias fáticas, em especial o protesto de CDA que albergava crédito tributário prescrito, a negativação do nome da demandante nos órgãos de proteção ao crédito e o valor protestado (de expressiva envergadura), mostra-se adequada a fixação dos danos morais no montante de R$ 8.000,00 (oito mil reais), inclusive para desestimular a renovação de condutas semelhantes. 8. Apelação improvida e recurso adesivo parcialmente provido. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2111769 - 0004968- 60.2014.4.03.6112, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO, julgado em 04/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/02/2016).

3. DA NECESSIDADE DE COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Insta salientar que a declaração da prescrição não é ato privativo de juiz. Caso contrário, a Lei n.º 11.441/07 não permitiria a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa em cartório. Por esse motivo, acatamos o posicionamento que o mesmo poderia se suceder com o reconhecimento da prescrição pelo tabelião.

E mais, a alteração do art. 9 da Lei n.º 9.492/97, no tocante à possibilidade de reconhecimento da prescrição pelo tabelião, contribuiria para manter a coerência do ordenamento jurídico, uma vez que estaria em consonância com o CPC/2015[4], que permite o reconhecimento da prescrição pelo juiz, em caráter li-

4 CPC/2015: **Art. 332.** Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (...) **§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar,**

minar, quando esse verifica, desde logo, a ocorrência de decadência ou prescrição.

A necessidade de coerência do ordenamento jurídico remete-nos à afirmação do insigne jurista Norberto Bobbio, a saber, o *Direito não tolera antinomias*.

Conforme seus ensinamentos, a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria[5].

No mesmo sentido, Tomaso Perassi, em sua Introdução às Ciências Jurídicas, corrobora: *"As normas que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelos quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático"*[6].

Assim, a alteração da norma contida no art. 9 da Lei de Protestos para que torne possível a análise da prescrição é fundamental à coerência do sistema legal, garantindo a certeza e a justiça do ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impedir a análise da prescrição pelo tabelião do cartório de protestos é norma ultrapassada que colide frontalmente com o próprio instituto do protesto, que objetiva a eficiência, a celeridade e a redução de demandas. E mais, diverge dos fins colimados pelo atual Código de Processo Civil, dentre eles: a atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário e o afastamento de posições diferentes e incompatíveis nos Tribunais, haja vista esse fenômeno fragmentar o sistema, gerar intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade, sendo função dos tribunais proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico** (Trad. Maria Celeste C. J. Santos). 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

5 Bobbio, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico (Trad. Maria Celeste C. J. Santos). 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Pág. 113.

6 Perassi, Tomaso. Introduzione alle scienze giuridiche, 1953. In: Bobbio, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 Ed. Brasília: UNB, 1999. Pág. 112.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MASAKI, Lummy; Oliveira, Lucius, Marcus. **Os fins não justificam os meios: a inconstitucionalidade do protesto de certidão de dívida ativa.** Disponível em: http://bpoadvogados.com.br/inconstitucionalidade-certidão--divida-ativa. Acesso em: 09 jul 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** Vol. I. Parte Geral. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PERASSI, Tomaso. **Introduzione alle scienze giuridiche**, 1953. In: Bobbio, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: UNB, 1999.

12

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO E A CRISE DA COVID-19: CONCENTRAÇÃO DE DINHEIRO E DECISÃO TRADUZEM O PODER DA UNIÃO FEDERAL

Roseli da Silva Matias
Mestra em Direito, pela UNICAP
Pesquisadora do Grupo Política e Tributação – CNPq
Procuradora Geral do Município de São José da Laje/AL
Advogada

RESUMO: O presente estudo, cuja produção se dá com pesquisa bibliográfica e pelo método hipotético dedutivo jurídico, tem por objeto de análise o sistema vertical de transferência constitucional de receitas no federalismo fiscal cooperativo brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mapeou o federalismo de modo que todos os entes federados possam ter autonomia financeira, política e administrativa, por meio de cooperação fiscal. Passadas mais de três décadas da carta magna, será que essa premissa de isonomia federativa foi, de fato, materializada? A interpretação dos dispositivos constitucionais que versam sobre o sistema de transferências intergovernamentais e a análise de dados de órgãos oficiais indicam uma forte concentração de receitas na União, em detrimento dos Estados-membros, DF e Municípios. A situação atual de crise sanitária e econômica, dada a pandemia da Covid-19, exemplifica bem o poderio de receitas nas mãos da União. A concentração de poderes financeiro, administrativo e político na União engessa os entes infranacionais na efetivação de políticas públicas, como as de saúde. Ao fim, as ponderações conduzem a confirmação da hipótese inicialmente levantada: a má distribuição de receitas entre os entes federados é um amplificador do desequilíbrio fiscal, ainda mais alargado diante do coronavírus. Estes problemas não demandam soluções fáceis e rápidas, logo geram inquietações de elevada ordem no contexto do federalismo fiscal cooperativo; portanto, merecedores de distinta atenção acadêmica, científica, política, econômica e social.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia Federativa. Covid-19. Transferências Constitucionais. Receitas Tributárias.

INTRODUÇÃO

O sistema federativo fiscal cooperativo brasileiro, conforme desenho apresentado pela Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988, é estruturado de modo a permitir uma articulação entre todos os entes federados, como partes mutuamente complementares de uma instituição única.

Dada a sua relevância, essa estrutura é anunciada logo no início do texto constitucional: "**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[1]" (…)

Essa relevância é tão dotada de significados que a interação federativa foi incorporada como um princípio fundamental constitucional, impossível de ser arranhado até mesmo por emenda constitucional, nos termos do art. 60 da CRFB/1988.

Tudo isso porque o sucesso da federação passa justamente pela união de seus entes, respeitados os seus deveres e direitos constitucionais, sem deixar de direcionar atenção para suas peculiaridades materiais. "Preservar a unidade na diversidade se refere ao pressuposto e condições de existência do federalismo".[2]

Essa visão holística se apresenta como fundamental para articulação da união estatal, diante das diversidades regional, social e econômica.

A preservação da unidade depende do respeito à diversidade. Entretanto, a realidade apresenta desequilíbrios que não condizem como essa visão holística se apresenta fundamental para articulação da união estatal, diante das diversidades regionais, sociais, políticas e econômicas.

Este artigo procura justamente discutir, de forma sistemática, as relações entre esse plano teórico e dados empíricos. Para tanto, apresenta o comportamento da União sobre duas óticas impactantes: centralização de receitas tributárias e comando de decisões.

1. CENTRALIZAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS NA UNIÃO

Pela leitura da Constituição de 1988, conclui-se que compete à União a instituição da maioria dos tributos. Os tributos federais compõem uma relação extensa, se comparados as dos demais entes, a saber: Imposto sobre a Renda – IR (pessoa física e jurídica); Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR; Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI; Imposto sobre a Exportação – IE;

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

2 FEITOSA, Raymundo Juliano R. Federalismo: uma aproximação teoria e empírica. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito n. 9. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1999. p. 232.

Imposto sobre Operações Financeiras – IOF; Taxas; Contribuições de Melhoria; Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE; Programa de Integração Social – PIS; Programa de Formação do Patrimônio do Servidor – PASEP; Empréstimo Compulsório; Imposto sobre Grandes Fortunas; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; contribuições previdenciárias e outras especiais.

Parcela da arrecadação dos impostos da União é dividida com os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Essa divisão de receitas entre os entes federados, eixo central do sistema federativo fiscal cooperativo brasileiro, representa uma técnica importante para diminuição das desigualdades regionais, na busca pela promoção do equilíbrio financeiro e social entre os entes federados.

Todavia, essa técnica não está livre de fragilidades. Apesar da tentativa de outorgar autonomia aos Estados-membros, DF e Municípios, como assim preleciona o seu art. 18, a Constituição de 1988, mantém uma centralidade histórica de receitas e decisões na União. Nesse sentido, vale acrescentar os ensinamentos de Feitosa:

> Uma dificuldade histórica, no que se refere as novas configurações da distribuição do poder, reside no fato de que as relações intergovernamentais ocorridas nas últimas décadas estiveram caracterizadas pela notável existência de condições, estabelecidas unilateralmente pelo poder central (União) com base nas chamadas transferências condicionadas, que de forma quase inevitável aumentaram o poder politico "real" da União.[3]

A União detém a competência para instituição da maior parte dos tributos. Embora parcela de impostos seja rateada com entes infranacionais, as contribuições, regra geral, são totalmente pertencentes à União.

Como sabido, o destino das contribuições é extremamente relevante: custear a seguridade social (previdência social, saúde e assistência social). Contudo, os Estados, DF e Municípios, figuras importantes na concretização do Estado Social, com aportes financeiros cada vez mais crescentes na área da saúde, não são contemplados com receitas oriundas dessas contribuições sociais, com exceção da CIDE Combustível. Esta, por força do art. 159, III, c/c art. 177, §4º, da CRFB/1988, é a única contribuição divida com esses entes. Nesse cenário, Gutierrez traça o comportamento da União:

3 FEITOSA, Raymundo Juliano R. Marco político, institutional e econômico da configuração do federalismo fiscal na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2018.

> Assim, a União se vê livre para, sempre que se depara com problemas de caixa, instituir novas contribuições, utilizando-se de quaisquer fatos gerados e bases de cálculo, ainda que próprios dos impostos de competência dos outros entes federativos, pois não foram definidos os contornos e limites para criação dessa figura tributária nem na Constituição nem no Código Tributário Nacional. [...] fica autorizada a União a substituir pouco a pouco os impostos que arrecada para partilhar com os Estados e Municípios por contribuições que não estão sujeitas a essa partilha e, também, para invadir a competência tributária daqueles, criando contribuições que se sobreponham aos impostos de competência privativa dos Estados e Municípios.[4]

Reforçando os argumentos supramencionados, estudo realizado pela Confederação Nacional dos Municípios – CNM, no ano de 2010, concluiu que "nos últimos 15 anos as contribuições cresceram 16,1%, em média, e as receitas de impostos 12,7%".[5] Cenário diferente seria se as receitas provenientes fossem rateadas de forma a compor o Fundo de Participação Estadual - FPE e o Fundo de Participação Municipal - FPM.

O mesmo estudo concluiu que "cerca de R$ 100 bilhões de reais seria incrementado ao FPM do ano de 2010, quase o dobro do que foi verificado efetivamente"[6].

Não contente com esse dados que se postergam no tempo, o governo federal, em um cenário de pandemia pela Covid-19, com a economia em recessão, enviou ao congresso nacional, na data de 21 de julho de 2020, o Projeto de Lei n°. 3.887/2020[7], objetivando a transformação do PIS-PASEP e COFINS, cujas alíquotas somam 3,65% (no regime cumulativo) e 9,25% (no regime não cumulativo) em uma nova contribuição chamadas de Contribuição Sobre Operações de Bens e Serviços – CBS e com alíquota elevada para 12%. Para além da centralização de receitas, a União, por força do art. 146 da Constituição de 1988, detém o poder central para editar normas gerais de direito tributário:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> 1- dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

4 GUTIERREZ, Miguel Delgado. Participação de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita. Receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (Org.). Federalismo fiscal. Barueri: Manole, 2004. p. 64.

5 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. Educação e estudos técnicos CNM. Disponível em:<https://www.cnm.org.br> Acesso em: 12 jul. 2018.

6 Idem, ibidem.

7 BRASIL.Câmara dos Deputados. PL n. 3.887/2020. Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços - CBS, e altera a legislação tributária federal. Disponível em:< https://www.camara.leg.br> Acesso em: 22 jul. 2020.

> - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
> - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
> (…)

Do enunciado constitucional descrito, compreende-se que as leis estaduais e municipais, em matéria tributária, possuem regras gerais subordinadas ao interesse da União. As Leis Complementares 116/2003[8] e 157/2016[9], as quais versam sobre o ISS, são exemplos reais dessa restrição ao poder de tributar dos Municípios.

> Destarte, observa-se que a Carta Magna em vigor mantém um caráter centralizador, já presente em Constituições anteriores, apesar das tentativas de outorga de maior autonomia aos Estados e Municípios. A União possui um papel preponderante não só em relação ao comando do sistema tributário, implicando a redução da autonomia política das entidades periféricas.[10]

O quadro abaixo reúne informações sobre um modelo federativo que se evidencia desequilibrado, posto que a União recebe tratamento privilegiado no espaço da federação brasileira.

8 BRASIL. Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

9 BRASIL. Lei Complementar 157, de 29 de agosto de 2016. Altera a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990, que "dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

10 GUTIERREZ, Miguel Delgado. Participação de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita. Receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (Org.). Federalismo fiscal. Barueri: Manole, 2004. p. 64.

Participação dos entes nas receitas tributárias e transferências constitucionais – 1998	
União Arrecadação própria total: 68,7% Para Estados: 5,3% Para Municípios: 4,2% Receita disponível: 59,2%	Estados Arrecadação própria total: 26,2% Transf. p/ Municípios: 6,4% + Transf. Recebidas da União: 5,3% Receita disponível: 25,1%
	Municípios Arrecadação própria total: 5,2% + Transf. Recebidas da União: 4,2% + Transf. Recebidas dos Estados: 6,4% Receita disponível: 15,8%
Participação dos entes nas receitas tributárias – 2001	
União	68,72%
Estados	26,80%
Municípios	4,48%
Participação dos entes nas receitas tributárias – 2014	
União	68,47%
Estados	25,35%
Municípios	6,19%

Fonte: www.receita.fazenda.gov.br/estudostributarios[11]

Pode-se verificar junto ao quadro supradescrito que há expressiva concentração de recursos em poder da União, as variações do ano de 1998 a 2014, nesse sentido, apresentaram diferenças menores que 1%, para mais ou para menos. Nesse lapso temporal, os Municípios foram os que mais incrementaram suas receitas de tributos próprios, passando de 5,2% em 1998 para 6,19% em 2014.

A União que, em 1998, obteve 68,7% do total da arrecadação tributária brasileira, transferiu 5,3% desse montante para os Estados e 4,2% para os Municípios, sobrando-lhe uma receita disponível de 59,2% do total da arrecadação tributária nacional, para fazer frente as suas despesas.

Os Estados-membros, que possuíram 26,2% da arrecadação de tributos no cenário brasileiro, ratearam 6,4% com os Municípios, mas receberam 5,3% da União,

11 SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Divisão de Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2018.

sobrando-lhes 25,1% da arrecadação tributária. Os Municípios, que obtiveram 5,2% do total da arrecadação tributária no Brasil, receberam 4,2% da União e 6,4% dos respectivos Estados, incrementando assim suas receitas de 5,2% para 15,8%.

Esse panorama concebe duas importantes informações no decorrer do tempo: a característica centralizadora de receitas em poder da União e a hipossuficiência dos Municípios. Importante, assim, verificar o quanto essa situação impacta na gestão pública e na autonomia dos entes, sobretudo dos Municípios.

O quadro a seguir mostra a distribuição de despesas não financeiras por entes federados, no ano de 1995.

Gastos com pessoal - 1995 %	
União	29%
Estados e Municípios	71%
Bens e serviços%	
União	45%
Estados e Municípios	55%
Assistência e previdências%	
União	80%
Estados e Municípios	20%
Subsídios%	
União	64%
Estados e Municípios	36%
Investimentos%	
União	20%
Estados e Municípios	80%
Total Despesas%	
União	51%
Estados e Municípios	49%

Fonte: www.receita.fazenda.gov.br/estudostributarios[12]

Nos anos de 1998, 2001 e 2014 a União manteve a média de 68% da receita tributária total do país, sendo o restante transferido para os Estados-membros e os Municípios. Levando em conta que no ano de 1995 as despesas não financeiras foram praticamente divididas entre a União e os demais entes, sendo que a União

12 SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Divisão de Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2018.

assumiu 51% e os Estados-membros e Municípios juntos 49%, há de se questionar a eficiência do atual sistema de distribuição de receitas para os entes.

Embora esses números representem anos anteriores, eles vão ao encontro de publicações recentes de órgãos oficiais e da mídia especializada. De qualquer modo, a discussão sobre a existência de um federalismo cooperativo desequilibrado é legítima, diante da agenda do Estado Social.

A descentralização territorial aproxima geograficamente a população dos gestores públicos, com isso os Estados e sobretudo os Municípios ganham maiores atribuições sociais para fazer frente às demandas locais. Nesse cenário de um protagonismo municipalista do Estado Social, Rezende afirma uma "redução da influência do governo estadual na gestão das políticas nacionais controladas pelo governo federal"[13].

Estamos vivendo uma crise sanitária e econômica sem precedentes. Mais do que antes, mais do que afirmou o autor Rezende, a aproximação dos cidadãos aos Estados e Municípios apresenta bônus e ônus.

A dependência financeira dos Estados e Municípios para com a União deixa rastros. Essa pandemia da Covid-19 exemplifica bem esse contexto.

Por meio da Lei n°. 13.979/2020[14], que dispõe sobre medidas de observância obrigatórias pelos entes federados para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, a União se comportou como coordenadora de políticas públicas.

Mas esse seu lugar genuíno logo cedeu para desavenças públicas entre o presidente e seus ministros (dois ministros foram exonerados em apenas um mês); entre o presidente e governadores; entre o presidente e prefeitos. Tudo isso pela razão nodal desse estudo: centralização de decisões e receitas na União.

A União perdeu mais ainda espaço na coordenação de políticas públicas quando decidiu invadir campos de competências dos Estados, DF e Municípios. Até o STF reconhecer, nos autos da ADI n. 6341[15], que a competência no combate a Covid-19 é concorrente. Nesse sentido, todas as normas editadas pela União devem ser interpretadas sob a ótica constitucional, de modo que, no exercício de sua competência, a União possa resguardar a autonomia dos demais entes. Mas quais seriam essas autonomias, se o poder político tende a ficar com quem mais possui recursos?

13 REZENDE, Fernando. Conflitos Federativos. Esperanças e frustações – em busca de novos caminhos para a solução. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 40-41.

14 BRASIL. Lei n. 13.979/2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

15 BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.6341. Disponível em:<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2020.

2. O CONTROLE DO PODER PELA UNIÃO

Nos termos do artigo 23, II, da CRFB/1988 podemos afirmar que essas autonomias são a política e administrativa, mas será que elas subsistem sem a financeira? Não, não sobrevivem. Uma não existe sem as outras, todas devem caminhar juntas, em um campo de sinergia.

O que se percebe é uma encenação que já surge positivada de forma conflituosa, a partir do momento que não há isonomia na distribuição de receitas tributárias. Por outro lado, os Estados, DF e Municípios assumem papéis de protagonistas na efetivação do Estado Social, sendo que a União ocupa o papel de destaque no controle normativo e financeiro.

O poder de centralização de decisões conferido à União é retratado na municipalização da gestão das políticas públicas sociais. Atualmente, os Municípios não dependem mais da intermediação dos Estados-membros para cumprir a agenda social. A União institucionalizou uma interação direta com os

Municípios, reduzindo a influência do governo estadual na gestão de políticas nacionais.[16]

Na tentativa de exemplificar reflexos do poder central da União, vale contextualizar as ponderações de Rezende:

> Recursos da saúde e da educação, este por meio do FUNDEB, são repassados diretamente aos Municípios. A urbanização ampliou programas sociais de transferência de renda com a adoção do Programa Bolsa Família. Embora o financiamento seja com recursos da União, os prefeitos assumem a responsabilidade por selecionar os beneficiários. Além desses fatores, mudanças no perfil demográfico e econômico da população reforçam o controle decisório da União. O envelhecimento da população dita o investimento na previdência, com efeito em cascata das normas que regulamentam aposentadoria dos servidores públicos, aumentando o peso desses gastos nos orçamentos estaduais e municipais.[17]

Um levantamento não exaustivo desse cenário pode ser visto adiante, momento de apresentação da vontade da União sem respaldo na autonomia financeira dos entes infranacionais:

A Medida Provisória n°. 938/2020[18] trata do auxílio financeiro de natureza

16 REZENDE, Fernando. Conflitos Federativos. Esperanças e frustrações – em busca de novos caminhos para a solução. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 40-41.

17 Idem, ibidem.

18 BRASIL. Medida Provisória 938/2020. Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Disponível em: <https://www.congresssonacional.leg.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

não tributária da União, totalizando até R$ 16.000.000.000,00 (dezesseis bilhões de reais), para minimizar perdas dos fundos dos Estados e dos Municípios:

> Art. 1º A União prestará apoio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por meio da entrega do valor correspondente à variação nominal negativa entre os valores creditados a título dos Fundos de Participação de que tratam as alíneas "a" e "b" do inciso I do caput do art. 159 da Constituição, de março a junho do exercício de 2020, em relação ao mesmo período de 2019, anteriormente à incidência de descontos de qualquer natureza, de acordo com os prazos e as condições estabelecidos nesta Medida Provisória e limitados à dotação orçamentária específica para essa finalidade.
> § 1º O valor a que se refere o caput será calculado a partir das variações mensais de março a junho de 2020 em relação ao mesmo período de 2019, para cada ente federativo.
> § 2º As entregas dos valores ocorrerão mensalmente:
> I - até o décimo quinto dia útil de cada mês posterior ao mês da variação observada, caso haja disponibilidade orçamentária; ou
> II - até o quinto dia útil após a aprovação dos respectivos créditos orçamentários.
> § 3º O valor referente a cada ente federativo será:
> I - calculado pela Secretaria do Tesouro Nacional da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia, nos termos do disposto nesta Medida Provisória; e
> II - creditado pelo Banco do Brasil S.A. na conta bancária em que são depositados os repasses regulares dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios.
> Art. 2º O valor do apoio financeiro será de até R$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais) por mês e totalizará até R$ 16.000.000.000,00 (dezesseis bilhões de reais) no período a que se refere o art. 1º.

Esse auxílio deu-se de março a junho de 2020, e tomou como parâmetro os mesmos períodos do ano de 2019. Diante da sua insuficiência, outras medidas foram adotadas na tentativa de equilibrar as finanças dos entes municipais e estaduais.

Por meio da Portaria n°. 139/2020[19], o Ministério da Economia prorrogou o prazo para pagamento de tributos federais. As contribuições previdenciárias para o regime geral, parte patronal, relativas às competências de março a abril de 2020, foram diferidas para os mesmos vencimentos de julho a setembro de 2020. Do mesmo modo, os recolhimentos das contribuições para o PIS-PASEP e a COFINS, competências março e abril de 2020, foram postergados de julho a agosto.

19 BRASIL. Ministério da Economia. Portaria 139, de 03 de abril de 2020. Prorroga o prazo para o recolhimento de tributos federais, na situação que especifica em decorrência da pandemia relacionada ao Coronavírus. Disponível em: http://planalto.gov.br/. Acesso em 14 de jul. 2020.

Para os benefícios dessa portaria, os Estados, Distrito Federal e Municípios foram equiparados a empresas.

A princípio, os dezesseis bilhões de reais previstos no orçamento da União para repasse, a título de auxílio financeiro para os entes infranacionais. Todavia, ainda que aliados ao adiamento do pagamento dos tributos federais aqui mencionados, não foram suficientes para o desenvolvimento de politicas públicas para enfrentar a Covid-19.

Em 27 de maio de 2020, fora editada a Lei Complementar n°. 173/2020[20] que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento a Covid-19, exclusivamente para o exercício financeiro de 2020, nos termos do art. 65 da LC n°. 101/2000, prevendo o repasse pela União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em 4 (quatro) parcelas mensais e iguais, o valor de R$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais), para aplicação em ações de enfrentamento à Covid-19 e para mitigação de seus efeitos financeiros.

O cálculo do valor a ser repassado para cada um dos entes federativos ficou a cargo da Secretaria do Tesouro Nacional - STN, com creditamento no Banco do Brasil S.A. nas contas bancárias vinculadas ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e do Fundo de Participação dos Municípios.

Dentro do pacote desse Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, a União previu outras medidas, como: possibilidade de suspensão dos pagamentos das dívidas contratadas com ela; reestruturação de operações de crédito interno e externo junto ao sistema financeiro; não execução das garantias das dívidas decorrentes dos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com os Estados e com o Distrito Federal com base na Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, e dos contratos de abertura de crédito firmados com os Estados ao amparo da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001; as garantias das dívidas decorrentes dos contratos de refinanciamento celebrados com os Municípios com base na Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; suspensão de parcelamento dos débitos previdenciários de que trata a Lei n°. 13.485, de 2 de outubro de 2017; suspensão do nome do Estado, do Distrito Federal e do Município em cadastros restritivos; suspensão dos demais limites e das condições para a realização e o recebimento de transferências voluntárias; suspensão de limites previstos na LC n°.101/2000[21], como condições e vedações previstas em seu art. 14, no inciso II do caput do art. 16 e no art. 17, exclusivamente aos atos de gestão

20 BRASIL. Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

21 BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

orçamentária e financeira necessários ao atendimento deste Programa ou de convênios vigentes durante o estado de calamidade.

Também ficaram suspensos parcelamentos de dívidas dos Municípios com o Regime Geral com vencimentos entre 1º de março e 31 de dezembro de 2020. Essa suspensão se estendeu as contribuições patrimoniais devidas aos Regimes Próprios, desde que autorizada em lei municipal.

Esses benefícios financeiros, os diferimentos de tributos e a suspensão de dívidas de natureza não tributária não saíram de graça. Os Estados, DF e Municípios tiveram que largar mão de suas autonomias políticas e administrativas tão já combalidas.

A União fez uma série de exigências para poder auxiliar financeiramente esses entes federados durante a pandemia da Covid-19, dentre elas: os entes tiveram que desistir, no prazo de até dez dias da publicação da LC n°. 173/2020, de ações contra a União que tenham sido ajuizadas após 20 de março de 2020, tendo como pleito, direta ou indiretamente, a pandemia da Covid-19.

Ademais, a LC n°. 173/2020 também alterou a Lei Complementar n°. 101/2000, com uma série de limitações ao poder de gerenciamento dos entes infranacionais, de modo que alguns atos passaram a ser nulos de pleno direito:

> "Art. 21. É nulo de pleno direito:
> I – o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:
> a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal;
> b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;
> II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;
> III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20.

Outras medidas de austeridade foram impostas. Agora para contenção de despesas com pessoal, ficam os entes proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de criar aumento com despesas de pessoal. Em algumas situações relacionadas ao coronavírus, o aumento de despesa com pessoal fica autorizado se necessário ao combate à calamidade pública e os efeitos não ultrapassem a duração da pandemia.

Essas imposições legais são recentes, portanto oportunas para esclarecer

que a discussão política não finda com a Constituição de 1988, nem com a promulgação de lei ou outro ato normativo. Os entes nem sempre chegam a um consenso sobre a interpretação do Texto Constitucional de 1988. Os exemplos apresentados, também, servem para concepção de que a proteção e a materialização do federalismo fiscal cooperativo brasileiro não vem encontrando guarida numa relação amistosa dos entes federados.

> No Brasil, o que se observa é uma grande distância entre a forma e a substância do federalismo. Se por um lado o ordenamento vigente atribui ao entes federativos numerosas competências, um alto grau de autonomia, por outro há mecanismos e controlar tais atributos do poder politico. Veja-se, por exemplo, o caso de representação dos Municípios no âmbito legislativo nacional e, ainda, a tendência brasileira de concentração de poderes em torno da União Federal.[22]

Há uma confusão prática entre coordenação, cooperação e intromissão. Os entes infranacionais, em determinadas circunstâncias, como nos exemplos suprapostos, dependem da União muito além do previsível constitucionalmente. A União, ao usar de intromissão e não de coordenação de políticas públicas, obriga os governos infranacionais a modificarem os respectivos orçamentos públicos. Por suas vezes, os governos infranacionais carecem de participação nas decisões do governo central, com exceção da influência no processo de escolha dos representantes políticos e nas pressões provocadas por entidades representativas, como a Confederação Nacional dos Municípios – CNM. Quando não, questões federativas são levadas a embate diante do poder judiciário.

Tanto é assim que o Partido dos Trabalhadores – PT ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inscostitucionalidade – ADI n°. 6447[23] em desfavor da LC n°. 173/2020, justamente pelos motivos acima citados e aqui resumidamente transcritos: alteração da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC n°. 101/2000 com imposições duvidosas; proibição de reajustes para servidores públicos até o final de 2021; e exigências de contrapartidas de gestão financeira.

CONCLUSÃO

A compilação dos problemas aqui refletidos leva a algumas afirmativas e propostas: A estrutura constitucional e o cenário fiscal, social, político, administrativo e econômico, evidenciados ainda mais com a pandemia da Covid-19, têm

22 ELALI, André. O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional. MP Editora, 2005, p.33.

23 BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.6341. Disponível em:<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2020.

demonstrado claramente o desequilíbrio financeiro e de poder entre a União e os demais entes federais, sobretudo quando estes estão submetidos ao autoritarismo de normas e políticas nacionais que enfraquecem ainda mais suas autonomias.

Todas essas questões atestam que as autonomias das unidades federativas não passam de suposições constitucionais, daí a urgente necessidade de alteração no quadro de competências tributárias e no sistema de transferências constitucionais obrigatórias e voluntárias, de modo a combater as desigualdades regionais. Do jeito que vem as estruturas federadas não conseguirão alcançar a autonomia positivada constitucionalmente.

A alternativa para solução deve encontrar guarida na adequação da federação as demandas atuais, com base em estudos científicos e multidisciplinariedade, de modo a calibrar as competências tributárias dos entes de acordo com suas reais demandas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL n. 3.887/2020. Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços - CBS, e altera a legislação tributária federal. Disponível em:< https://www.camara.leg.br> Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Lei Complementar 157, de 29 de agosto de 2016. Altera a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990, que "dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto

da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

______. Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

______. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.6341. Disponível em:<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2020.

______.. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.6341. Disponível em:<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2020.

______.. Lei n. 13.979/2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

______. Medida Provisória 938/2020. Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Disponível em: <https://www.congresssonacional.leg.br>. Acesso em: 11 jul. 2020.

______. Ministério da Economia. Portaria 139, de 03 de abril de 2020. Prorroga o prazo para o recolhimento de tributos federais, na situação que especifica em decorrência da pandemia relacionada ao Coronavírus. Disponível em: http://planalto.gov.br/. Acesso em 14 de jul. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. Educação e estudos técnicos CNM. Disponível em:<https://www.cnm.org.br> Acesso em: 12 jul. 2018.

ELALI, André. **O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional.** MP Editora, 2005.

FEITOSA, Raymundo Juliano R. **Federalismo: uma aproximação teoria e empírica.** Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito n. 9. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1999.

FEITOSA, Raymundo Juliano R. **Marco político, institucional e econômico da configuração do federalismo fiscal na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2018.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Participação de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita.** Receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (Org.). Federalismo fiscal. Barueri: Manole, 2004.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Divisão de Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2018.

REZENDE, Fernando. **Conflitos Federativos. Esperanças e frustações – em busca de novos caminhos para a solução.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

13

O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL: LEVANDO A SÉRIO OS DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS

Ticiano Alves e Silva
Mestre em Direito Processual (UERJ)
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP)
Professor de Direito Processual Civil
Procurador do Estado do Amazonas
Advogado

RESUMO: Este artigo explica que, além do devido processo legal, tem-se também o devido processo convencional, como expressão dos direitos humanos processuais estatuídos nas convenções internacionais de direitos humanos e como consequência do *status* normativo dessas convenções no ordenamento interno.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual. Direito Internacional Público. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Devido Processo Legal. Devido Processo Convencional. Direitos Humanos Processuais.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

Segundo o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal (CF), "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". É pacífico, em sede doutrinária e jurisprudencial, que o citado dispositivo prevê o direito fundamental ao devido processo legal.

O âmbito de proteção normativa do devido processo legal é amplo. Costuma-se afirmar, *tradicionalmente*, que todos os demais direitos fundamentais processuais estão *incluídos* ou *derivam* do devido processo legal. Isso, por si só, revela a importância de referido direito fundamental para o direito processual civil brasileiro.

Além de previsão constitucional, o devido processo também está delineado em convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. E, conforme o § 3º do art. 5º da CF, *essas* convenções internacionais,

quando submetidas a específico procedimento de aprovação, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão *status* de normas constitucionais.

Quando não submetidas ao procedimento de aprovação do § 3º do art. 5º da CF, as convenções internacionais sobre direitos humanos possuirão caráter supralegal, de acordo com o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, possuindo *status* de normas constitucionais ou caráter supralegal, as convenções internacionais sobre direitos humanos e, especificamente, suas previsões sobre o devido processo devem ser cumpridas em território brasileiro.

Ser obsequioso ao devido processo previsto nas convenções internacionais, ou seja, ao que chamo de *devido processo convencional*, porém, é muito mais do que obedecer as suas disposições textuais, como se demonstrará.

Este artigo pretende, pois, demonstrar que, além do devido processo legal ou constitucional, tem-se também o devido processo convencional e que, embora exista uma zona de interseção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônomos, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões.

A seguir, serão apresentados os pressupostos teóricos desta demonstração: o que se entende por devido processo legal; a hierarquia das convenções internacionais sobre direitos humanos no direito brasileiro, à luz da CF e da jurisprudência do STF; a característica da interpretação jurídica contemporânea. Depois, será demonstrada a existência desse devido processo convencional e seu âmbito de proteção autônomo.

1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Previsto no inciso LIV do art. 5º da CF, o devido processo legal é direito fundamental.

Desde a sua concepção, que remonta, com nome a este equivalente (*law of the land*)[1], à Magna Carta inglesa de 1215[2] e, com esta ideia, ao Édito de Conrado

1 COKE, Edward. **The Second Part of Institutes of the Land.** Londres: E. and R. Brooke, 1797, p. 50. Disponível em: https://books.google.com.br/. Acesso em 20.01.2016.

2 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5 – 27. Segundo Luís Roberto Barroso: "Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a *Magna Charta* foi, originariamente, um documento que resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas" (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34). Com efeito, é este o caso do devido processo legal, que, como direito fundamental, desgarrou-se de sua origem histórica, ganhando contornos universais e de conteúdo progressivamente mais garantista e amplo.

II (decreto feudal alemão de 1037)[3], o devido processo legal está associado à limitação do poder do Estado, que não pode atuar desordenadamente, mas, sim, em conformidade com modelo de atuar imposto pelo Direito. Este *modelo de atuação*, variável no tempo e no espaço, em razão da historicidade inerente aos direitos fundamentais[4], é chamado devido processo legal.

O Estado, quando atua, ainda mais quando atua com a possibilidade de restringir direitos, deve fazê-lo por intermédio de um processo. Este processo não pode ser qualquer processo. A estrutura deste processo é desenhada *prévia* e *minimamente* pela Constituição Federal, a fim de garantir *controle* e *participação (influência)* na *produção* dos *atos de poder*[5].

Com isso, pode-se falar em devido processo legislativo (ato de poder – lei), devido processo administrativo (ato de poder – decisão administrativa) e devido processo jurisdicional (ato de poder – decisão judicial), todos eles modelos que *conformam constitucionalmente* a atuação do Estado, tornando, ao final, legítimo, se ocorrer, o avanço do Estado sobre o patrimônio jurídico de terceiros.

Contemporaneamente, em razão do desequilíbrio das posições de poder encontráveis entre particulares, entende-se que o devido processo também deve ser obedecido na produção de alguns atos de direito privado[6], como, por exemplo, na multa cominada em razão de comportamento antissocial do condômino[7]e na exclusão do sócio de um clube[8], ou seja, atos *especialmente* sancionatórios. A incorporação legislativa desse entendimento revela a importância da questão. Com efeito, a Lei n°. 11.127/2005 alterou o art. 57 do Código Civil, para dispor que "a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em

3 Esclarece o ponto Fredie Didier Jr.: "A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga [do que a Magna Carta de 1215]: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.), no qual pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às 'leis do Império'" (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1.** 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 64).

4 Ensina Paulo Gustavo Gonet Branco que: "O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144). Os direitos fundamentais devem ser estudados de acordo com o seu respectivo contexto histórico. Muitas vezes, e é este o caso do devido processo legal, o conteúdo normativo do direito fundamental varia conforme o tempo e o lugar, muito embora não se tenha qualquer alteração de sua textualidade.

5 Nesse sentido, porém falando em produção de "normas jurídicas" após um devido processo, e não genericamente em "ato de poder": DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1.** 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 63.

6 Ver, amplamente: BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, especialmente o Capítulo V, p. 203 – 241.

7 Na jurisprudência do STJ, por todos, conferir: STJ, REsp 1.365.279/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25.08.2015, DJe 29.09.2015.

8 Na jurisprudência do STF, vale citar o seguinte acórdão paradigmático, em que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas foi amplamente analisada: STF, RE 201.819, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006.

procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto" (destacou-se).

O devido processo legal é, portanto, direito fundamental que pretende evitar, *no* e *pelo* processo, o abuso do Estado ou do particular na intromissão da esfera jurídica das pessoas de direito privado ou de direito público (o Estado também é titular desse direito fundamental). Sem que os fins justifiquem os meios, pretende-se que, não somente os fins, mas também os meios venham acompanhados de justiça e legitimidade.

O âmbito de proteção do devido processo legal é amplíssimo. É que a doutrina majoritária compreende o devido processo legal como fonte normativa mais genérica de todos os demais direitos fundamentais processuais, explicitados ou não na CF[9], qualificando-o como *sobreprincípio*[10] ou *superprincípio*[11], por amalgamar, em seu âmbito de proteção, diversos princípios processuais mais específicos. A força da tradição do devido processo legal faz-se sentir, na prática forense, na referência, bastante comum entre nós, de princípio processual específico (contraditório, ampla defesa e juiz natural, por exemplo) acompanhado da invocação do devido processo, e isso quando este não vem referenciado *isoladamente*.

Seja como for, o fato é que o devido processo legal reúne hoje em seu âmbito de proteção conteúdos de todos os outros direitos fundamentais processuais, que derivam de sua previsão mais genérica – cláusula geral[12]. Assim, o processo é devido quando se observam o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a igualdade entre as partes (art. 5º, I, CF), o juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a publicidade (art. 5º, LX, CF), a fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF), proíbem-se as prova ilícitas (art. 5º, LVI, CF) etc.

Além desse conteúdo processual, o devido processo legal ganhou, no Brasil, por forte influência estadunidense, um conteúdo material ou substancial, do

9 Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 66; RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.** Rio de Janeiro: GZ editora, 2014, p. 144; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 238.

10 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008, p. 50-59. No mesmo sentido: RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2014, p. 144.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, n. 22 do §1º do Capítulo 1 (livro digital).

12 Para um estudo do devido processo como cláusula geral, consultar: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 63 e ss.

qual se extraem, *sem exclusividade*[13], a proporcionalidade e a razoabilidade[14], cuja principal finalidade é a contenção do arbítrio estatal (legislativo, executivo ou judiciário), fornecendo parâmetros de controle das restrições aos direitos fundamentais e de outros valores juridicamente protegidos[15]. Além disso, a proporcionalidade atua no equacionamento de conflitos entre normas constitucionais. Vê-se, assim, que, de fato, o conteúdo do devido processo legal é múltiplo e complexo, sendo, por isso, provavelmente uma das garantias mais amplas do direito consti-

13 Diz-se "sem exclusividade" porquanto a proporcionalidade e a razoabilidade são extraídas também do próprio Estado de Direito e da estrutura normativa dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais, que dependeriam da proporcionalidade para serem aplicados. Como afirmam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto: "A discussão sobre a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade possui, porém, importância secundária. Sob o ponto de vista prático, o fundamental é que se reconheça a vigência e eficácia do princípio em questão em nosso ordenamento. Parece-nos que, na verdade, a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional globalmente considerado" (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 11, n. 11.1 (livro digital)). No mesmo sentido, na doutrina processual civil, DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 67: "É sempre bom lembrar a lição de Canaris de que os princípios não têm pretensão de exclusividade: um mesmo efeito jurídico (proporcionalidade e razoabilidade) pode ser resultado de diversos princípios (isonomia e devido processo legal)". Deve-se dizer, contudo, que o STF tem fundamentado a proporcionalidade – trabalhada pelo tribunal como igual à razoabilidade – na cláusula geral do devido processo legal. Sobre o tema, consultar: MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23, jan. 1994, p. 469-475. Embora fundamentando na cláusula do devido processo legal, à semelhança do direito estadunidense, o STF tem, mais recentemente, dado um trato mais analítico à proporcionalidade, como fazem os alemães, ao trabalhar com as subespécies da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

14 Embora o STF e parte da doutrina nacional deem tratamento uniforme à proporcionalidade e à razoabilidade, elas possuem origens diversas, como esclarece Luís Roberto Barroso: "Em suma, a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmo valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. Essa visão, todavia, não é pacífica" (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291-292). Para uma visão mais crítica, é indispensável consultar: ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008, p. 50-59. Para Ávila, o devido processo legal não é fundamento da proporcionalidade; a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade; proporcionalidade é postulado (categoria com estudos originais feitos pelo autor), e não princípio, por resolver conflitos entre normas e não ser ela isoladamente a norma a ser aplicada na solução dos conflitos; e o devido processo legal não possui essa acepção substancial, e sim apenas procedimental. O pensamento bastante original do autor pode ser aprofundado em: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

15 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 11, n. 11.1 (livro digital).

tucional.

Sobre esta última acepção substancial do devido processo legal, recentemente desenvolveu-se, no Brasil, uma doutrina bastante crítica em relação à sua existência, procurando dar contorno exclusivamente procedimental ao devido processo; busca-se na igualdade e na liberdade o fundamento da proporcionalidade, evitando-se com isso uma confusão conceitual e reforçando-se a importância do devido processo legal a partir da distinção com outros direitos fundamentais processuais, já previstos, e a proporcionalidade e a razoabilidade[16].

Embora não se recuse a relevância da controvérsia, ao presente trabalho, contudo, importa apenas o devido processo legal no aspecto processual, de modo que será sempre nesta acepção que o devido processo será referenciado.

Compreender o devido processo legal como uma síntese de todos os demais direitos fundamentais processuais tem grande importância. É que, em alguns ordenamentos, embora não se utilize a expressão "devido processo legal" nos textos constitucionais (como ocorre na Alemanha) ou se utilize outra locução (como ocorre na Itália, com *"giusto processo"*), não se nega a existência de um modelo processual de atuação estatal, que deve ser observado para que, ao final, a decisão seja considerada legítima. Disso decorre que é possível falar em devido processo mesmo nos sistemas normativos em que ele não se encontra expressamente previsto. Nestes casos, a análise de seu conteúdo normativo ocorre mediante o estudo dos direitos processuais humanos ou direitos fundamentais específicos. Essa observação terá importância mais à frente, quando se tratar do devido processo convencional.

Por fim, deve-se registrar que, contemporaneamente, tem-se preferido falar em *devido processo constitucional*[17] a *devido processo legal*. É que, para além de ser conforme a *lei*, o processo para ser devido deve estar de acordo com a *Constituição*, ou seja, com o modelo constitucional de processo. Como se pretende demonstrar neste artigo, é preciso ir além dessa ideia, e pensar num *devido processo convencional*, que seja uma síntese feliz e comum dos Estados signatários das convenções internacionais que veiculam direitos humanos processuais com âmbitos de proteção diversos e mais amplos do que aqueles previstos nos ordenamentos internos.

16 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008, p. 50-59. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil. v. 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 490. Contra: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 70-71.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Processal**, n. 1, jan.- jun. 2015, p. 17-33: "Embora o texto constitucional brasileiro fale, expressamente, em 'devido processo legal', não se pode ver neste princípio uma garantia de que se observará o devido processo *da lei*. O devido processo que o ordenamento jurídico brasileiro assegura é o *devido processo constitucional*".

2. O *STATUS* NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O *status* normativo dos tratados e convenções internacionais no direito brasileiro sempre foi um tema cercado de muita polêmica. É certo que, uma vez ratificados, promulgados e publicados, e desde que obviamente em vigor no plano internacional, os tratados e convenções internacionais integram o ordenamento jurídico interno e passam, evidentemente, a produzir efeitos, tais como a revogação das leis infraconstitucionais incompatíveis, bem como permitir a tutela jurisdicional interna acaso algum direito subjetivo previsto nos instrumentos internacionais seja violado[18]. A polêmica, contudo, gira em torno da posição hierárquica dos tratados e convenções dentro do nosso direito interno, o que é determinante para resolver conflitos normativos entre atos internos e os atos internacionais[19].

Na jurisprudência ultrapassada do STF, os tratados e convenções internacionais, *independentemente de seu conteúdo*, sempre tiveram o *status* de lei ordinária (art. 102, III, *b*, CF)[20]. Mais do que isso, aos tratados dava-se o mesmo tratamento conferido às leis internas, vale dizer, os tratados revogavam as leis infraconstitucionais e podiam ser revogados por estas, aplicando-se o critério cronológico ou o critério da especialidade, mas nunca o critério hierárquico[21].

Posteriormente, com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, ganhou força, em sede doutrinária, a tese da *hierarquia constitucional* dos tratados internacionais de *direitos humanos*. Sustentavam alguns internacionalistas, a exemplo de Celso Lafer, Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, que, por força do § 2º do art. 5º da CF (cláusula de abertura)[22], os tratados internacionais de direitos humanos seriam *automaticamente incorporados* ao bloco de constitucionalidade, o que lhes conferiria *status* de normas constitucionais. A tese, porém, não foi acolhida pelo STF, que manteve o seu antigo entendimento

18 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 404-405.

19 Destaca Valério Mazzuoli que: "A Constituição brasileira de 1988, em nenhum de seus dispositivos estatuiu com clareza a posição hierárquica dos tratados comuns perante o nosso Direito interno. Deixou essa incumbência para a opinião, necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência pátrias, legando a estas um problema que competia ao legislador constituinte evitar" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406)

20 STF, RE 80.004, Relator Ministro Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, j. 01.06.1977, DJ 29.12.1977.

21 O *treaty override*, ou seja, essa revogação do tratado por lei interna posterior incompatível, ainda hoje é o entendimento do STF, para os tratados e convenções internacionais comuns, assim entendidos aqueles que não disponham sobre direitos humanos. Esse entendimento é muito criticado pela doutrina internacionalista porque ignora que a *denúncia* é a forma própria de revogação dos tratados internacionais e que o descumprimento interno do compromisso externo, mediante a edição de leis contrárias ao pactuado, enseja a responsabilidade do Estado no plano internacional. Nesse sentido, por todos, conferir: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

22 Art. 5º, § 2º, CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

ainda por algum tempo.

Fundamentava-se esse posicionamento do STF, entre outros argumentos, na *rigidez* constitucional. É que, para a incorporação dos tratados no ordenamento interno, é suficiente o quórum de *maioria simples* (arts. 47 e 49, I, CF). Conferir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, portanto, seria o mesmo que tornar *flexível*, nesse ponto, a Constituição, que para ser reformada depende de quórum qualificado de *três quintos* (art. 60, § 2º, CF).

Em razão dessa polêmica, a Emenda Constitucional n°. 45 de 2004 acrescentou um novo parágrafo ao art. 5º, dispondo que os *tratados e convenções internacionais de direitos humanos*, aprovados em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF).

A controvérsia parecia, a partir disso, resolvida. Ocorre que o debate prosseguiu a respeito do *status* normativo daqueles tratados e convenções que, *embora de direitos humanos*, não foram submetidos ao novo procedimento de aprovação previsto no § 3º do art. 5º da CF, que é semelhante ao de aprovação de emendas constitucionais. A principal questão era se estes atos precisariam ser submetidos ao referido procedimento para alcançar o *status* constitucional ou se, ao contrário, essa incorporação ao texto constitucional ocorreria de forma automática, mediante *recepç*ão *formal*, ou, ainda, se permaneceriam tendo posição hierárquica de lei ordinária.

No dia 03 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-1, em que se discutia a prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, que é autorizada pela CF, mas vedada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o STF, capitaneado pelo voto-vista do Ministro Gilmar Mendes[23], superou seu antigo entendimento. Decidiu-se, nesse caso paradigmático, que os tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao procedimento do § 3º do art. 5º da CF teriam um *status* normativo *intermediário*, superior às leis infraconstitucionais, porém inferior à Constituição, o que ficou conhecido como *tese da supralegalidade*[24]. Fala-se, então, na *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional ou natureza supralegal, conforme tenham ou não sido aprovados segundo o § 3º do art. 5º da CF. Os tratados internacionais que não dispõem sobre direitos humanos, porém, permaneceram, à luz desse entendimento, possuindo *status* de lei ordinária, gozando da antiga

23 A tese da supralegalidade não era inédita no STF. Antes do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Sepúlveda Pertence já a havia pioneiramente lançado, em 2000, no julgamento do HC 79.785, ainda que sem convencer na ocasião a maioria do colegiado.

24 Com base nesta tese da supralegalidade, o tribunal alterou seu entendimento e passou a considerar ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. A sessão final de julgamento foi reputada como uma "sessão histórica", inclusive pelos ministros da Corte. O julgado deu ensejo à edição do enunciado n. 25 da súmula vinculante do STF, em 2009.

equivalência normativa com o direito interno infraconstitucional.

Em suma, tem-se hoje, à luz da evolução jurisprudencial do STF e das reformas constitucionais mais recentes, o seguinte[25]:

> (1) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos serão equivalentes às normas constitucionais, integrando o *bloco de constitucionalidade*[26], quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme o § 3º do art. 5º da CF;
>
> (2) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, submetidos ao procedimento ordinário de aprovação (art. 47, CF), terão *status* supralegal, ou seja, intermediário entre as leis e a Constituição, situando-se abaixo desta e acima daquelas[27];
>
> (3) tratados e convenções internacionais comuns, que não versem sobre direitos humanos, tem força de lei ordinária, e podem, havendo incompatibilidade, ser revogados por leis ordinárias posteriores.

Na hipótese (1), as normas, com hierarquia constitucional, servem de parâmetro para o *controle de constitucionalidade* das leis; na hipótese (2), por sua vez, as normas, com *status* supralegal, são parâmetro para um *controle de convencionalidade ou supralegalidade*[28]; na hipótese (3), por fim, em vista da equivalên-

25 A classificação dos tratados internacionais exposta foi feita, como dito, à luz da jurisprudência do STF. Na doutrina internacionalista, contudo, encontram-se formulações diversas, dando, por exemplo, *status* constitucional, material e formal (art. 5º, § 3º, CF) ou apenas material (art. 5º, § 2º, CF), aos tratados internacionais de direitos humanos. Cite-se, por todos: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 420.

26 "Entende-se por bloco de constitucionalidade o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade. O conceito de 'bloco de constitucionalidade' tem a sua origem no Direito Constitucional francês. O Conselho Constitucional da França, em decisão proferida em 1971, afirmou que, como o Preâmbulo da Constituição do país, editada em 1958, se refere à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e ao Preâmbulo da Constituição de 1946, esses textos teriam também se incorporado à ordem constitucional vigente. Tal orientação foi extremamente importante para o constitucionalismo francês, pois permitiu que a jurisdição constitucional do país se estendesse à proteção de um amplo elenco de direitos fundamentais, ausentes do texto constitucional" (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 1, n. 1.8 (livro digital)).

27 Segundo Marcelo Novelino: "Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à EC 45/2004, entendemos não haver qualquer obstáculo à possibilidade de serem submetidos a uma nova votação no Congresso Nacional e aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse caso, a iniciativa para provocar a nova apreciação deve ser atribuída, por *analogia legis*, aos legitimados para a propositura de emendas (CF, art. 60, I a III). O argumento de que haveria uma recepção automática desses tratados, com hierarquia equivalente ao de uma emenda à Constituição, parece-nos insustentável, uma vez que o art. 5º, § 3º, não atribuiu *status* de norma constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos, mas somente àqueles aprovados por três quinto e em dois turnos de votação" (NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, Capítulo 22, item 22.7., (livro digital)).

28 Sobre o tema, pioneiramente, no direito brasileiro, consultar: MAZZUOLI, Valério de Olivei-

cia normativa ordinária, as normas são parâmetro de *controle de legalidade*.

Acredita-se, contudo, que, independentemente do *status* normativo constitucional ou supralegal, sempre que o parâmetro de controle for um tratado internacional de direitos humanos, será possível falar genericamente em controle de convencionalidade. É verdade que, quando aprovados segundo o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF, esses tratados são equivalentes às emendas constitucionais e passam a integrar o bloco de constitucionalidade. Por outro lado, o texto constitucional não se altera, de modo que parece ser mais apropriado reservar a expressão controle de constitucionalidade para aquelas hipóteses que a força da tradição recomenda, ou seja, quando há violação à Constituição propriamente dita. Além disso, falar em controle de convencionalidade reforça a necessidade e a importância de se realizar essa verificação de compatibilidade entre o direito interno e os direitos humanos. Por fim, os tribunais internacionais de direitos humanos, quando fazem o controle de convencionalidade ou determinam que os Estados o façam, não distinguem o *status* normativo do parâmetro de controle no direito interno, e chegam até a declarar a desconformidade de normas constitucionais em face das convenções de direitos humanos.

A substituição da equivalência normativa às leis ordinárias dos tratados de direitos humanos ainda não submetidos à aprovação do § 3º do art. 5º da CF pelo *status* supralegal traz importante consequência para o ordenamento jurídico, ligada ao controle do conteúdo material das leis. É que, a partir do novo entendimento do STF, as leis infraconstitucionais, para serem válidas, devem guardar compatibilidade material com a Constituição *e*, ao mesmo tempo, com as normas supralegais, ou seja, uma *dupla conformidade*. Um juízo negativo em relação a qualquer delas torna o ato normativo inválido.

Sobre o controle de convencionalidade, importa considerar ainda que ele ocorre (1) no plano *interno*, pelos órgãos jurisdicionais *nacionais*, sendo denominado controle de convencionalidade *provisório* ou *preliminar*, e (2) no plano *externo*, pelas cortes *internacionais* de direitos humanos, sendo chamado de controle de convencionalidade *autêntico* ou *definitivo*[29].

A despeito de algumas indesejadas diferenças entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade nacional, tais como o objeto de controle, a hierarquia normativa do parâmetro de controle, a interpretação conferida à norma convencional etc.[30], é importante ter em vista

ra. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-139. A referência ao controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, porém, ocorreu muito antes, em 2006, no julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*.

29 Nesse sentido: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

30 No controle internacional, o objeto de controle é toda norma interna, inclusive norma constitucional originária; no controle nacional brasileiro, o objeto de controle são apenas os atos normativos

que ambos se *complementam*, devendo a atuação *subsidiária* dos tribunais internacionais ter lugar apenas quando o controle nacional for equivocado ou insuficiente, tendo em vista que a última palavra sobre a interpretação dos direitos humanos pertence à corte criada para bem interpretá-los.

Por fim, cabe dizer que, à semelhança do controle de constitucionalidade difuso, o controle de convencionalidade nacional, realizado pelos próprios juízes internos, *deve* ser feito de ofício, independentemente de haver pedido das partes nesse sentido. Quer isso dizer que, qualquer juiz ou tribunal *deve*, no caso concreto, ante uma inconvencionalidade, declará-la, inclusive *ex officio*, afastando a aplicação da lei infraconstitucional por violar tratado internacional de direitos humanos[31].

3. UMA NOTA SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA[32]

Para aplicar o Direito, e fazer com que ele cumpra sua função de solucionar conflitos, é essencial interpretá-lo. A interpretação jurídica, durante muito tempo se acreditou, recaía sobre *normas*. A função do intérprete, profissional do direito, era simplesmente compreender os significados incorporados à norma e aplicá-los, por *subsunção*, ao caso concreto posto à solução.

O objeto da interpretação era, pois, a *norma*, tal como produzida pelo legislador. A atividade do intérprete, por consequência, era uma atividade *declarativa*. Esta atividade limitava-se a revelar um dado normativo *pré-existente*. Se a função de legislar não lhe competia, não poderia o intérprete, nem o juiz, *criar* normas, mas somente conhecê-las (ato de conhecimento) e aplicá-las, conforme os significados embutidos *previamente* na norma *de forma privativa* pelo legislador.

---

infraconstitucionais. No controle internacional, o parâmetro de controle – norma internacional – ocupa sempre uma posição hierárquica superior; no controle nacional brasileiro, de acordo com a jurisprudência do STF, os tratados de direitos humanos têm *status* constitucional ou supralegal. Quanto à interpretação conferida às situações de violação, frequentemente tribunais nacionais e cortes internacionais chegam a conclusões diversas, notadamente por aqueles ignorarem a jurisprudência destas, a quem compete sistematicamente a interpretação final. Sobre o tema, amplamente: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

31 Nesse sentido, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver o *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru* (2006), em que há referência expressa ao *controle de convencionalidade ex officio*. Na doutrina nacional, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 422.

32 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50-55.

Tem-se, contemporaneamente, contudo, que a intepretação jurídica é atividade bem diversa desta acima retratada. A *interpretação* jurídica recai sobre *textos*, *preceitos*, *disposições*, *enunciados*, *prescrições* legais, que são diferentes da norma. A *norma*, que antes era tida como objeto da interpretação, é *produto* desta. A norma resulta do processo interpretativo.

O texto legal é o *ponto de partida* do intérprete e, considerando conteúdos semânticos mínimos, frequentemente limite para a interpretação (limite semântico), que não pode ignorar *sentidos mínimos da linguagem* (dia não pode ser noite, 72 horas não podem ser 72 dias etc.).

O fenômeno não deve ser descrito como *interpretação + aplicação*, como fases estanques que se sucedem, mas sim como *interpretação/aplicação*, como um processo único, que ocorre de uma só vez e simultaneamente. É que, como ensina Eros Grau, "*interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos*"[33].

Sendo exteriorizado pela linguagem, o texto normativo é, assim como a linguagem, ambíguo e impreciso. Dessa forma, além das variações interpretativas que a linguagem em si enseja, os fatos também são interpretados, daí resultando que texto normativo e fatos, sendo ambos interpretados, produzem as normas necessárias à solução das controvérsias postas. A norma é, então, o texto normativo interpretado e, consequentemente, o ordenamento é o conjunto de interpretações que se tem sobre os textos legais em vista de determinados casos ou situações fáticas.

Com isso, evidencia-se que a norma só existe *depois* da interpretação/aplicação dos textos legais; que a atividade do intérprete, para além de conhecer e declarar, é também de *(re) criar e (re) constituir*; e que os fatos e a interpretação dos fatos são *determinantes* na construção normativa, pois sempre a interpretação do direito supõe um caso, real ou fictício.

Essa premissa é importante para o presente estudo, porque, frequentemente, juízes e tribunais nacionais possuem interpretações sobre direitos humanos completamente diferentes daquelas realizadas pelas cortes internacionais, muito embora o *texto* do tratado e da convenção internacional de direitos humanos seja *um só*. Além disso, como mais à frente será exposto, existem direitos humanos *textualmente coincidentes* com direitos fundamentais, mas cujo âmbito de proteção normativa é mais amplo do que aquele âmbito dos direitos previstos na CF. O fenômeno da interpretação/aplicação do direito explica essas "descoincidências" e justifica também a formulação teórica do devido processo convencional.

33 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

4. O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL

A doutrina processual, especialmente a civil[34], não pode ignorar a dimensão normativa dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A potencialidade aplicativa e o impacto sistêmico dos direitos humanos processuais são ainda pouco vislumbrados. Com raríssimas exceções[35], a doutrina processual civil limita-se a dar notícia das interferências pontuais reconhecidas pelo STF (a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, por exemplo), mas não avança sobre uma *filtragem convencional* do ordenamento processual, o que decerto demanda grandes esforços, principalmente o conhecimento do direito internacional público e da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos[36].

Se durante muito tempo as convenções de direitos humanos eram, à luz da jurisprudência do STF, hierarquicamente equivalentes às leis infraconstitucionais, a reforma constitucional, em 2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF, e a mudança paradigmática no STF, em 2008, que conferiu o *status* supralegal aos tratados de direitos humanos, são suficientes para transformar a forma de *ler* a matéria.

Com base nessas premissas, tem-se que os direitos humanos processuais exercem uma verdadeira *função bloqueadora* da legislação infraconstitucional incompatível com as disposições convencionais, como ocorreu com a prisão civil do depositário infiel. Noutras palavras, ao *conformar* o devido processo no plano infraconstitucional, o legislador deve considerar não somente os direitos fundamentais processuais previstos na CF como também os direitos humanos processuais estabelecidos nas convenções internacionais, que, se garantirem maior proteção, devem ter seus sentidos incorporados à noção de devido processo existente, como camadas de proteção que se sobrepõem a fim de assegurar maior tutela da *dignidade humana processual*.

Esse controle de *dupla conformidade* é obrigação igualmente do Judiciário, que deve, independentemente de provocação das partes, controlar o conteúdo material das normas processuais infraconstitucionais, tendo como parâmetros tanto a CF como as convenções internacionais de direitos humanos (controle de convencionalidade), que possuem, no mínimo, *status* supralegal.

Como destaca Vitor Fonsêca, "*o Poder Judiciário, em sua atuação no processo, não está imune à obrigatoriedade da obediência às normas conven-*

34 A doutrina processual penal trabalha densamente com os precedentes da CIDH, o que se deve a maior quantidade de casos desta matéria julgados pelo tribunal, o que, por sua vez, se explica pela gravidade das violações que resultam do exercício do *jus puniendi* pelos Estados nacionais.

35 Como exceção, ver: FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

36 Vitor Fonsêca aduz que: "Talvez a escassez dos trabalhos científicos seja justificada pela resistência normalmente atribuída à eficácia própria dos tratados. Muitos dos processualistas talvez ainda carreguem o velho preconceito de que tratados são apenas 'atos unilaterais' do Chefe do Governo" (FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35).

cionais"[37]. Afinal, a responsabilidade do Estado no plano internacional dá-se pela prática de ilícito por qualquer de seus Poderes, o que inclui, à evidência, o Judiciário no exercício de sua típica função jurisdicional.

Aliás, os precedentes das cortes internacionais nessa matéria surgem, sobretudo, do julgamento de casos envolvendo o desrespeito às garantias processuais mínimas em processos jurisdicionais dos Estados signatários.

Para além dessa função bloqueadora, os direitos processuais previstos nas convenções internacionais de direitos humanos e os sentidos atribuídos a eles pelas cortes internacionais permitem a formulação do que denomino *devido processo convencional*.

Falar de um devido processo convencional, porém, implica investigar, primeiro, se ele existe e, mais do que isso, se é diferente e em que medida do devido processo legal ou constitucional. Uma vez reconhecida a existência desse devido processo convencional, é inescapável demarcar sua importância e o impacto sistêmico no direito processual interno[38].

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não traz em seu texto a expressão "devido processo legal", *ipsis litteris*. A despeito disso, nos arts. 8º e 25, dispõe, respectivamente, sobre as "garantias judiciais" e a "proteção judicial". Nestes artigos, prevê, por exemplo, o direito ao contraditório, a duração razoável do processo, o juiz natural etc. Dessa forma, embora não se reconheça um "devido processo legal" com este nome na Convenção, pode-se afirmar que, sim, existe a previsão do devido processo convencional na CADH.

Como dito acima, em alguns ordenamentos, não se emprega a expressão "devido processo legal" nos textos constitucionais (como ocorre na Alemanha) ou se faz uso de outra locução (como ocorre na Itália, com *"giusto processo"*), porém não se nega a existência de um modelo processual de atuação estatal, que deve ser observado para que, ao final, a decisão seja considerada legítima.

Assim, é possível falar em devido processo mesmo nos sistemas normativos em que ele não se encontra previsto com este nome. É o caso da CADH. Diante disso, a análise do conteúdo do *devido processo convencional* perpassa o estudo dos direitos humanos processuais específicos e das *garantias parcelares* extraíveis dessa garantia judicial maior. O devido processo convencional constitui, portanto,

37 FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

38 Para isso, serão utilizados como exemplos a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (Pacto de São José da Costa Rica) e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Isso não exclui, naturalmente, a relevância e a incidência de outros tratados internacionais de direitos humanos, que, tendo *status* constitucional ou supralegal, devem ser considerados pelo profissional do direito para o controle de convencionalidade e, se possuírem direitos humanos processuais, também na demarcação do conteúdo do devido processo convencional. A menção à CADH e às decisões da CIDH, pois, serve exclusivamente para fins didáticos.

uma *síntese* dos direitos humanos processuais.

Como são várias as convenções internacionais de direitos humanos e como são ou podem ser muitas as previsões de direitos humanos processuais nessas diversas convenções, tem-se que o devido processo convencional é composto de forma múltipla, com adição permanente e evolutiva de significados e protetividade.

É que a historicidade é inerente aos direitos humanos, que têm seu conteúdo fixado no tempo e no espaço. Da mesma forma que se fala genericamente em gerações ou dimensões de direitos humanos ou fundamentais, é possível falar em gerações ou dimensões de protetividade ou tutela de um específico direito.

Por exemplo, o direito ao contraditório, hoje, possui um âmbito de proteção normativa maior do que há 50 anos. Fala-se contemporaneamente em *direito de influência e não surpresa*, impensável quando o que se tinha era apenas o *direito de ciência obrigatória dos atos do processo e de possibilidade de manifestação (formal)*.

Nesse sentido, as conquistas civilizatórias resultam num *ganho quantitativo* de direitos humanos e fundamentais, e também num *ganho qualitativo* em relação aos direitos já existentes, que têm seu âmbito de proteção ampliado. Essas novas camadas de proteção vão paulatinamente se sobrepondo, aumentando a tutela do direito humano ou fundamental. Foi justamente isso que aconteceu com o devido processo legal, desde as suas origens, e com outros direitos humanos ou fundamentais. Importa considerar, ainda, que essa adição de camadas de protetividade não pode retroceder. A linha é evolutiva; o ganho é permanente. Veda-se o retrocesso (proibição do retrocesso).

Diante disso, direitos humanos processuais previstos em diferentes convenções internacionais se somam para formar o devido processo convencional com conteúdo bastante amplo. Defender o contrário seria o mesmo que ignorar a existência de algum direito humano processual e, em última análise, descumprir um compromisso internacional, fato que enseja a responsabilidade do Estado no plano externo.

Na hipótese de conflito aparente de direitos humanos processuais, a solução está na aplicação do critério interpretativo da *máxima efetividade*, que, no campo dos direitos humanos, tem seu correspondente na *interpretação pro homine*, que exige seja realizada aquela interpretação sempre mais favorável ao indivíduo[39].

39 Ensina Vitor Fonsêca que: "Nesse último caso, eventual 'conflito' poderia ser facilmente resolvido pelo chamado critério internacional *pro homine,* ou seja, deve prevalecer a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do homem. A norma *pro homine,* aliás, outorga maior prevalência à norma que reconheça mais amplamente os direitos humanos, independentemente da fonte de ordem da obrigação que se trate" (FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35).

Pode-se afirmar, assim, que existe o devido processo convencional, que é uma síntese dos diversos direitos processuais previstos nas convenções internacionais de direitos humanos. A determinação de seu conteúdo, consequentemente, depende do estudo específico de cada desses direitos humanos processuais.

Além disso, é possível afirmar também que o âmbito de proteção do devido processo convencional não é em tudo *idêntico* àquele do devido processo legal ou constitucional. *Embora exista uma zona de interseção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônomos, ora mais, ora menos amplos, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões.* Noutras palavras, se em algumas situações a protetividade do devido processo constitucional pode ser maior, em outras o devido processo convencional terá campo maior de aplicação.

O direito *fundamental* à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF)[40], por exemplo, é mais amplo do que o "*derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado*", previsto no art. 8º, 2, *e*, da CADH[41].

Por outro lado, a CADH prevê expressamente um duplo grau de jurisdição nos processos penais (art. 8º, 2, *h*, CADH). A Constituição Federal, por sua vez, não tem previsão semelhante. O STF ora *não* reconhece o *status* constitucional à referida garantia[42], ora a reconhece, excepcionando, contudo, a hipótese de deci-

40 "O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita. O referido direito é amplo e desdobra-se ainda no direito à assistência judiciária, no direito à orientação jurídica extrajudicial e no ora tratado direito à gratuidade da justiça. O *direito à assistência judiciária* consiste no patrocínio da causa de forma gratuita por advogado público (por exemplo, Defensor Público) ou particular (por exemplo, núcleos de prática jurídica das faculdades de direito). Tem a ver, portanto, com a prestação de serviços em juízo. O *direito à orientação jurídica extrajudicial*, que é mais conhecido como assistência judiciária, compreende a prestação de serviços jurídicos fora do âmbito judicial, podendo-se citar a atuação em processos administrativos, na formulação e execução de contratos, na veiculação de campanhas publicitárias que esclareçam os direitos dos cidadãos, em mediações e conciliações extrajudiciais etc. Essa nova adjetivação da assistência, que passa a ser *jurídica* e não mais apenas *judiciária*, é um dos grandes avanços da Constituição Federal de 1988, que se preocupou com o acesso à justiça para além da via jurisdicional, ou seja, de maneira global, considerando todas as possíveis vias de acesso, que, se bem assistidas, evitam mesmo os próprios litígios. O *direito à gratuidade da justiça*, ou justiça gratuita, por sua vez, é a dispensa do pagamento antecipado das despesas do processo e dos honorários advocatícios, que, contudo, podem vir a ser cobrados na hipótese de superveniência de idônea capacidade financeira. Além disso, essa dispensa de pagamento abarca também alguns atos extrajudiciais, indispensáveis à tutela jurisdicional efetiva. Como se vê, o direito à assistência jurídica integral e gratuita é bem amplo, abarcando os três direitos acima mencionados". (SILVA, Ticiano Alves e. O benefício da justiça gratuita no Novo Código de Processo Civil. In: BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: parte geral. vol. 1.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 806-807).

41 No mesmo sentido: FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

42 "(...) 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões

são proferida em processo de competência originária[43].

Como o *texto* normativo da Constituição e das convenções internacionais são muito semelhantes, o recurso à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das cortes internacionais de direitos humanos, especialmente a CIDH, torna-se essencial para compreender, respectivamente, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos processuais.

A análise limitada da textualidade das previsões pode não ser suficiente para se descobrir as zonas de protetividade autônomas do devido processo constitucional e do devido processo convencional. Resgatando a premissa anteriormente exposta, a norma fundamental e a norma convencional são produtos da interpretação que se faz dos textos da CF e das convenções internacionais na solução de casos.

Entender que a delimitação do âmbito de proteção do devido processo convencional, assim como do devido processo legal ou constitucional, ultrapassa as prescrições normativas e depende do conhecimento da jurisprudência das cortes responsáveis por atribuir sentidos aos textos na solução de casos é de suma importância para evitar dissonâncias na aplicação das convenções internacionais entre os órgãos julgadores internos e as cortes internacionais e para levar a sério os direitos humanos[44]. As repercussões disso nos sistemas de justiça internos são ainda difíceis de projetar.

Entretanto, parece intuitivo que, (1) se o devido processo convencional é a síntese normativa da multiplicidade de direitos humanos processuais específicos e (2) se estes direitos estão previstos em convenções internacionais, a interpretação que se deve conferir na aplicação desses direitos precisa ser aquela realizada pelas cortes internacionais, sob pena de não se aplicar os direitos humanos segundo eles são pela ordem jurídica internacional, mas sim o que os

---

que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de 'toda pessoa acusada de delito', durante o processo, 'de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior'. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. (...)" (STF, RHC 79785, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 29/03/2000, DJ 22/11/2002).

43 STF, AI 601832 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 17/03/2009, DJ 03/04/2009.

44 É que, como alerta André de Carvalho Ramos: "Há tribunais internos que se socorrem de normas previstas em tratados sem sequer mencionar qual é a interpretação dada a tais dispositivos pelos órgãos internacionais, levando a conclusões divergentes. O controle de convencionalidade nacional pode levar a violação das normas contidas nos tratados tal qual interpretada pelos órgãos internacionais. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados de direitos humanos, implícita na afirmação da existência de um controle de convencionalidade" (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401 e ss.).

tribunais nacionais entendem que eles são, o que é o mesmo que permitir (1) o descumprimento do compromisso internacional e (2) o fracionamento da ordem jurídica internacional, que perderia unidade, considerando o mosaico de interpretações possíveis oriundas dos Estados signatários.

Não é por outra razão que a CIDH, ao determinar que o Judiciário realize o controle de convencionalidade no plano nacional, ressaltou que, além de se basearem no *texto* da convenção, os juízes devem seguir a *interpretação* conferida ao texto pela Corte Interamericana, a quem compete dar a palavra final sobre a interpretação da convenção[45].

É curioso perceber que, a despeito do novel art. 927 do CPC/2015, a fundamentação teórica do sistema de precedentes brasileiro se baseia, dentre outros argumentos, na ideia de que alguns tribunais (STF e STJ) foram, por força da Constituição Federal, encarregados de uniformizar a interpretação do direito. São cortes criadas para dar a última palavra de como deve ser compreendido o direito constitucional e o direito infraconstitucional federal no Brasil[46]. Em suma, se as normas são produtos da interpretação, o respeito ao direito só existe se houver respeito à *interpretaç*ão atribuída ao direito pelos órgãos institucionalmente criados para tanto.

O mesmo raciocínio se aplicaria para o controle de convencionalidade feito pelos órgãos jurisdicionais nacionais, que devem seguir, como parâmetro, a interpretação conferida aos direitos humanos pelas cortes internacionais, criadas, no plano internacional, para justamente atribuir sentidos ao texto das convenções internacionais, para além de resolver casos concretos[47].

Problema que se coloca em relação aos precedentes internacionais diz respeito à *soberania* dos Estados signatários e a *independência funcional* dos juízes nacionais, que seriam supostamente violadas se fosse obrigatório seguir os entendimentos das cortes internacionais.

Entretanto, quando um Estado reconhece formalmente a competência jurisdicional de uma corte internacional, esse reconhecimento não vincula apenas o Executivo e o Legislativo, mas também, e evidentemente, o Judiciário, que deve

45 Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006). Sobre o tema, conferir: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 421.

46 No sentido do texto: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum. Vol. 2**. São Paulo: RT, 2015, p. 606-608.

47 Informam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto que: "Na Europa, as cortes nacionais têm de levar em consideração nos seus julgamentos não só normas ditadas pela União Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como também a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a sua interpretação realizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos" (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 10, n. 10.6.5 (livro digital)).

ser um fiel aplicador dos dispositivos das convenções internacionais tal como interpretados pela corte criada com esse objetivo[48]. *Assim, o problema parece muito mais de respeito ao direito internacional (e a jurisprudência das cortes internacionais é fonte do direito), que só existe se e quando interpretado, do que propriamente de soberania ou de garantia da magistratura.*

Sem embargo, ganha força na doutrina constitucional e internacionalista o que se pode chamar de princípio do cosmopolitismo[49], importação de ideias constitucionais[50], migração de ideias constitucionais ou ainda diálogo das cortes[51], que seria o diálogo internacional entre cortes constitucionais ou entre tribunais nacionais e cortes internacionais de direitos humanos, objetivando uma integração dos discursos mediante a consideração efetiva dos argumentos estrangeiros nos julgamentos nacionais.

Embora não seja obrigatório ou vinculante, esse diálogo teria a grande vantagem de unificar discursos em torno de temas de importância global ou regional, a exemplo de democracia e direitos humanos, o que, neste último caso, teria o condão de prevenir a responsabilização internacional dos Estados por descumprimento dos tratados de direitos humanos[52].

Em última análise, levar em consideração os precedentes das cortes internacionais é levar a sério os próprios direitos humanos processuais, segundo a compreensão que se tem deles no plano internacional. Agir de forma diferente é fazer pouco caso da importância do controle de convencionalidade nacional, banalizar o acesso às cortes internacionais, em especial à CIDH, e, por fim, dar espaço à responsabilização do Brasil no plano internacional por violação a direitos humanos processuais.

---

48 Por todos, cite-se Valério Mazzuoli: "Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internas. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhes sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 421).

49 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 10, n. 10.6.5 (livro digital).

50 FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Jota**. Disponível em: http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais. Publicado em 17/11/2015. Acesso em 02/02/2016.

51 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 404.

52 Como afirma André de Carvalho Ramos: "Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta *contra* o Brasil" (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405).

CONCLUSÃO

Conclusivamente, pode-se afirmar que existe o devido processo convencional, que é uma síntese dos diversos direitos processuais previstos nas convenções internacionais de direitos humanos. A determinação de seu conteúdo, consequentemente, depende do estudo específico de cada desses direitos humanos processuais.

Além disso, é possível afirmar também que o âmbito de proteção do devido processo convencional não é idêntico àquele do devido processo legal ou constitucional. Embora exista uma zona de interseção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônomos, ora mais, ora menos amplos, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões.

Se as normas são produtos da interpretação, o respeito ao direito só existe se houver respeito à interpretação atribuída ao direito pelos órgãos institucionalmente criados para tanto. Diante disso, no controle de convencionalidade, os órgãos jurisdicionais nacionais devem seguir, como parâmetro, a interpretação conferida aos direitos humanos pelas cortes internacionais, criadas, no plano internacional, para justamente atribuir sentidos ao texto das convenções internacionais, para além de resolver casos concretos.

Levar em consideração os precedentes das cortes internacionais é levar a sério os próprios direitos humanos processuais, segundo a compreensão que se tem deles no plano internacional. Atuar de forma diferente é fazer pouco caso da importância do controle de convencionalidade nacional, banalizar o acesso às cortes internacionais, em especial à CIDH, e, por fim, dar espaço à responsabilização do Brasil no plano internacional por violação a direitos humanos processuais.

O passo seguinte a esta conclusão, quanto ao reconhecimento e à importância do devido processo convencional, é a necessidade de realização de uma ampla *filtragem convencional*, para se verificar a compatibilidade material entre o ordenamento processual interno e as disposições internacionais de direitos humanos processuais e a jurisprudência da CIDH.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Processal**, n. 1, jan.- jun. 2015.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COKE, Edward. **The Second Part of Institutes of the Land**. Londres: E. and R. Brooke, 1797, p. 50. Disponível em: https://books.google.com.br/.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Jota**. Disponível em: http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais. Publicado em 17/11/2015. Acesso em 02/02/2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**. *v. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela de direitos mediante procedimento comum. *Vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 181, jan./mar. 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 23, jan. 1994.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Ticiano Alves e. O benefício da justiça gratuita no Novo Código de Processo Civil. In: BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. vol. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

14

CONTEMPT OF COURT E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: O QUE É E O QUE NÃO É

Vander Santos Giuberti
Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
LL.M em Direito Civil e Processual Civil pela FGV-RJ
Advogado

RESUMO: Relevante mecanismo de tutela da dignidade e do exercício da atividade jurisdicional nos países da *common law*, o *contempt of court* ganhou destaque no Brasil através da Lei nº 10.358/2001. Malgrado seu escopo relacionar-se diretamente com a proteção e a manutenção da dignidade e autoridade do Poder Judiciário, sendo utilizado no direito estrangeiro também como eficiente técnica processual de execução indireta, o *contempt of court*, inegavelmente, ainda exerce no ordenamento pátrio uma forte função de medida processual punitiva, não se confundindo com as *astreintes* ou com a chamada "má-fé" processual. A partir de uma abordagem histórica e conceitual, o presente estudo realiza uma análise das técnicas processuais de *contempt of court* utilizadas pelos países da *common law,* adentrando no Código de Processo Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: *Contempt of court.* Execução indireta. Processo Civil. Dignidade da Justiça.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, grande parte da doutrina processualista e da jurisprudência pátria debruçaram-se, com relevante vigor, na busca por mecanismos processuais que proporcionassem uma atuação das partes e do Poder Judiciário mais célere, coesa, uniforme e efetiva. Entretanto, a velocidade e a intensidade das muitas alterações no corpo do Código de Processo Civil anterior, oriundas das mais de sessenta revisões em seu texto, bem como a enorme dispersão jurisprudencial enfrentada, trouxeram, como efeito negativo, uma perceptível perda de coesão interna e sistemática entre os dispositivos[1].

1 Muitos outros motivos podem ser apontados para a intensificação dessas mudanças, a exemplo: *(i)* a omissão do Código de 1973 quanto à defensoria pública; *(ii)* a necessidade de unificação da jurisprudência a partir da atribuição de significativa força aos precedentes judiciais; *(iii)* a crescente demanda por

Sem pretender entrar no mérito da discussão entre garantistas e instrumentalistas, não se olvidando que o processo é uma garantia individual da liberdade (artigo 5º, *caput* e inciso LIV, CF/88) dotado de autonomia e substantividade que lhe são próprias, a mudança de um sistema jurídico dominado por ideais liberais, marcado pela acentuada intangibilidade da vontade humana e por juízes com menor poder interpretativo, para um que recebe elevados influxos de princípios e valores constitucionais[2] foi fator derradeiro para se propor uma alteração legislativa substancial no processo civil pátrio. O atual Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) surgiu com objetivos claros de fornecer maior eficiência, harmonização e coerência ao processo civil ao tentar *resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere*[3], conforme evidenciado na sua exposição de motivos.

Dentre esses valores que se projetaram do texto constitucional e ganharam destaque no corpo do código se encontram a boa-fé processual e os deveres de colaboração e respeito entre todos os envolvidos no *iter* processual. Sob esse aspecto, deve existir na relação processual um padrão ético mínimo de comportamento entre todos os sujeitos envolvidos, em conformidade com os atos que pratica e no tocante à relação que estabelece diretamente com os demais envolvidos, limitando o juiz, ator estatal destinado a exercer parte do poder jurisdicional, a atuar no controle e preservação desses valores e princípios conforme as balizas legais[4].

De outro lado, a atuação do Poder Judiciário, sempre restrita aos estritos limites daquilo que se propõe e do que lhe é autorizado pela lei e pela

meios adequados de solução de conflitos, tais como a arbitragem e a mediação; *(iv)* a adaptação ao modelo eletrônico de processo (em 1973 discutia-se a possibilidade de a parte apresentar petições datilografadas); *(v)* a criação de instrumentos ou técnicas processuais capazes de dar mais agilidade ao processamento das chamadas "demandas de massa".

2 Em estudo realizado acerca da evolução histórica do direito processual civil brasileiro, cotejando os diplomas processuais vigentes em todo período histórico nacional, Rodrigo Mazzei pontua acerca da necessária vinculação da exegese das normas processuais do CPC-73 ao modelo democrático instituído pela Constituição de 1988, alertando que a fragmentação sistêmica decorria muito mais de uma interpretação equivocada do texto do que de alterações legislativas (MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina Selecionada: parte geral**. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 47 et seq.).

3 Texto integral da exposição de motivos do CPC, disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 16.06.2020. A propósito, eis os cinco objetivos delineados no texto da sua exposição de motivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

4 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 219-220.

constituição, deve ser reconhecida como efetiva e dotada de força vinculante. E para que carregue esse efeito, a decisão judicial necessita de autorização legal através de mecanismo próprios. Precisa ser considerada e respeitada, não podendo ficar seu cumprimento à mercê da vontade dos seus jurisdicionados[5]. O processo, portanto, há de ser um instrumento efetivo de atuação do direito, vocacionado à efetivação unicamente do escopo jurídico, não podendo tolerar resistências injustificadas às ordens judiciais proferidas.

Nas irretocáveis palavras de Dan B. Dobbs[6]:

> *"Every system of resolving dispute must, in some form and under some name, provide for at least these two things: its own power to preserve the orderliness of the decision-making process and its own power to enforce decisions once made. (...) The power to preserve courtroom order is clearly essential"*[7].

No Brasil, o resguardo da autoridade e dignidade da Corte e a utilização da execução indireta com o fim de coagir a parte ao cumprimento de uma decisão judicial receberam a influência direta de práticas estrangeiras distintas: de um lado, o sistema de *contempt of court,* oriundo do *common law* inglês e norte-americano e, de outro, o sistema de *astreintes* do direito francês[8].

Eis, portanto, o ponto de partida e o escopo do presente trabalho: a análise do histórico e da influência do instituto do *contempt of court* no processo civil brasileiro, definindo e separando seu conceito de outros mecanismos processuais próprios, a partir do estudo da atuação dos sujeitos envolvidos no processo judicial em relação à autoridade da decisão judicial. Tal instituto, desenvolvido no direito anglo-saxônico e tendente à coação dos jurisdicionados à cooperação por intermédio da aplicação de sanções, será abordado com vistas à análise das técnicas e instrumentos fornecidos pelo direito pátrio para o controle preventivo e repressivo do *contempt,* ou seja, do ato de ofensa a dignidade da autoridade jurisdicional ou de desobediência a uma ordem judicial.

---

5 SILVA, Luiz Antonio M. A. O contempt of court no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 191, 2011, p. 84.

6 DOBBS, Dan B. ***Contempt of court*: *a survey***. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 184.

7 Em tradução livre: "todo sistema de solução de conflitos deve, de alguma forma e sob algum nome, prover pelo menos essas duas coisas: seu próprio poder para preservar a ordem no processo de tomada de decisão e seu poder de fazer cumprir as decisões tomadas. (...) O poder de preservar a ordem do Tribunal é claramente essencial".

8 LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes. A Inovação do Art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil à Luz da Jurisprudência: Estamos no Caminho Adequado para Desenvolver o Processo Justo? **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 78, 2017, p.91.

1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: A TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA DO *CONTEMPT OF COURT*

A origem do *contempt of court* se confunde com a origem do próprio Poder Judiciário nos países de *common law*, pelo que se fala de sua existência desde os *tempos da lei da terra*[9] para tutelar o exercício da atividade jurisdicional.

O instituto do *contempt of court* remonta origem aos países da *commom law*[10], em especial no desenvolvimento do direito inglês, cujas origens anglo-saxônicas foram primordiais para a formação de uma cultura consuetudinária, baseada em um *judge-made-law*, ou seja, um direito jurisprudencial criado e aperfeiçoado pelos juízes e mantido graças à autoridade reconhecida à Corte e aos precedentes judiciários formados. Nos Estados Unidos, o *Judicial Act* de 1789[11] (alterado em 1821) conferiu formalmente poder aos Tribunais Federais para punir atos de *contempt*, sendo seguido, posteriormente, pela disposição de similar previsão na legislação de alguns estados da federação[12].

É justamente essa convicção de que o Judiciário (Cortes e juízes) detém o exercício de um poder inerente à função jurisdicional (*inherent power),* enraizada na tradição da *common law,* que fundamenta a noção do *contempt of court*[13]. Afinal, negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência[14].

---

9 Expressão talhada por Araken de Assis ao se referir ao tema (O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 111, 2003, p. 18).

10 A respeito do *Common Law*, assevera Sálvio de Figueiredo Teixeira: "Consolidou-se através dos séculos o sistema inglês, conhecido como '*common law*', calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como '*civil law'*, calcado no direito escrito e codificado. O '*common law'*, também chamado '*case law'*, é um corpo de princípios, precedentes e regras, que busca alicerçar-se não em normas fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso, determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais, partindo-se da premissa de que esses princípios devem ser susceptíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos ou requeridos pelo progresso da sociedade" (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações e reflexões sobre o direito Norte-Americano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, nº. 21, 1979, p. 97).

11 Disponível em: <http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm>, acesso em 21.06.2020.

12 Veja-se, *v.g.,* a previsão constante do *act 236 of 1961* do estado de Michigan, a *New York Judiciary Law §756* e a *Louisiana's Code of Civil Procedure* em seu art. 225.

13 "Gradually, any questions about the right of the judiciary to punish disobedience, obstruction, or disrespect (and they were few) were answered with the claim that this was an inherent right of English courts. Necessity then became with maturity the mother of this claimed innate, natural right of courts. The natural inclination to claim this power as one innate in judicial institutions was but one step in the rise in power of the courts, and later tile Parliament, in England" (GOLDAFARB, Ronald L. **The Contempt Power.** New York: Columbia University Press, 1963, p. 13).

14 Nota da Professora Ada Pellegrini Grinover (Paixão e morte do 'contempt of court' brasileiro - art. 14 do Código de Processo Civil. In: **Direito Processual: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lâmmego (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003*,* p. 5) ao citar Joseph Moskovitz (MOSKOVITZ, Joseph. **Contempt of injunctions, civil and criminal.** London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943*,* p. 780-824).

A ideia de *inherent power*[15] possibilita a atipicidade das medidas de *contempt of court*, devendo o juiz aplicar o instrumento coercitivo ou punitivo mais eficaz para o cumprimento da decisão judicial e para a administração da justiça de forma eficiente, efetiva e organizada[16]. Tal poder, portanto, compreende todos aqueles essenciais para que o órgão jurisdicional conserve sua existência institucional e a sua dignidade, promovendo o adequado desenvolvimento de suas funções, razão pela qual a oposição de embaraços à administração da justiça, por quem seja, permite uma reação das Cortes em sentido contrário (*contempt power)*[17].

O *contempt power*, criado pelas Cortes com base na ideia do poder inerente, possibilita duas espécies de regras: uma destinada a reprimir atos praticados contra o legislativo (*contempt of congress*) e outra destinada a reprimir atos praticados contra o Judiciário (*contempt of court*)[18], sendo essa última merecedora de atenção no presente estudo. A execução indireta, nos países que adotam tal sistema, forma-se pela combinação entre ordens judiciais que impõem um fazer ou uma abstenção (*injuction* e *order of specific performance*[19]) e o *contempt of court*[20].

2. A DIFICULDADE DE UMA CONCEITUAÇÃO: *CONTEMPT OF COURT* E SUAS VARIÁVEIS

A expressão *contempt of court*, em tradução livre e pura, poderia ser traspassada como algo próximo a "desrespeito à (ordem da) Corte". Contudo, tal lite-

15 Marcelo Lima Guerra (**Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 92-93) explica que ao atribuir aos órgãos jurisdicionais poder para exercer a sua função específica, o ordenamento jurídico atribui também poderes para realizar todas as atividades e tomar todas as providências que assegurem, concretamente, o desempenho correto e ordenado dessa mesma função. É esse o sentido que se deve entender a ideia de *inherent powers* no *common law*.

16 "Contempt of court is the Proteus of the legal world, assuming na almost infinite diversity of forms" (MOSKOVITZ, Joseph. **Contempt of injunctions, civil and criminal.** London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943, p.780).

17 ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of Court, execução indireta e participação de terceiros no Sistema Anglo—americano. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 125-126.

18 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O *contempt of court* no direito brasileiro e norte-americano**. Vitória: 2010, 212 f. Tese (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, p. 46.

19 As *injunctions* são ordens judiciais que tem por conteúdo a determinação para que alguém faça ou deixe de fazer determinada ação, cuja finalidade é a prevenção a atos cujo resultado poderia causar danos irreparáveis ao direito da outra parte. É marcada pela atipicidade das técnicas utilizadas e seu descumprimento enseja a aplicação de *contempt of court* como instrumento executivo igualmente atípico. A *specific performance* é uma ordem judicial que determina o cumprimento de obrigação contratual na forma específica, podendo ser comparada a uma execução específica ou uma execução de objeto específico, funcionando, dessa forma, como remédio jurisdicional que concede a tutela específica das obrigações. A exemplo das *injuctions*, o descumprimento de uma *order of specific performance* abre a possibilidade ao julgador de submeter o descumpridor às medidas de cancelamento do *contempt of court*.

20 ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of Court, execução indireta e participação de terceiros no Sistema Anglo—americano. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 126.

ralidade não é capaz, por si só, de exprimir a ideia exata daquilo que a expressão carrega em si. Eis a cautela que merece ter qualquer estudioso que se aventure a importar ou cotejar institutos jurídicos estrangeiros a um sistema de tradições jurídicas distintas[21]. Diante disso, Araken de Assis adverte, às voltas com essa problemática, que não há tradução precisa na língua portuguesa para a palavra "*contempt*", a qual pudesse retratar a exata acepção do vocábulo, escudando-se na melhor definição trazida por Molina Pasquel ao traduzi-la como "desacato"[22].

O referido professor gaúcho[23], ao tratar da locução suso referida, a define como sendo a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências e sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial. Trata-se, como se verifica em primeira análise, de uma ideia semelhante à de desacato, desrespeito ou desobediência ao órgão ou à autoridade incumbidos de proferir decisões judiciais.

Nesse contexto de busca por uma definição de *contempt of court*, socorremo-nos aquelas trazidas pela doutrina conceitual, pelo que se transcreve a definição encontrada por Henry C. Black, disposta no afamado Black´s Law Dictionary:

> *Any act which is calculated to embarrass, hinder, or obstruct court in administration of justice, or which is calculated to lessen its authority or its dignity. Committed by a person who does any act in willful contravention of its authority or dignity, or tending to impede or frustrate the administration of justice, or by one who, being under the court's authority as a party to a proceeding therein, willfully disobeys its lawful orders or fails to comply with an undertaking* which he has given[24-25].

21 Nesse sentido, Paula Sarno Braga pontua haver um verdadeiro "*contempt of court* à brasileira" (**O parágrafo único do art. 14 do CPC: um *contempt of court* à brasileira**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2008/docente/doc2.doc>. Acesso em 24.06.2020.

22 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 111, 2003, p. 20.

23 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 111, 2003, p. 20.

24 BLACK, Henry Campbell M. A. **Black's Law Dictionary**. 5. Ed. St. Paul: West Publishing, 1979, p. 288. Em tradução livre, vê se que *contempt of court* corresponde a qualquer ato que é praticado para embaraçar, impedir ou obstruir o Tribunal na administração da justiça, bem como aqueles atos praticados visando diminuir a autoridade ou a dignidade da Corte. Pode ser praticado tanto por aqueles que intencionalmente violam a autoridade ou dignidade do Tribunal, dificultando a administração da justiça, quanto por alguém que, estando sob a autoridade do tribunal, como uma parte em um processo, intencionalmente desobedece às ordens emitidas ou não cumpre um compromisso que a ele tenha sido imposto.

25 No Brasil, o também escritor e dicionarista Oscar Joseph de Plácido e Silva (*Vocabulário Jurídico Conciso*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 205) assim define o termo: "*Contempt of court* é a expressão inglesa que designa a ofensa ao Tribunal pela conduta da parte que desrespeita a ordem judicial. No direito brasileiro, também prevê a ordem jurídica sanções para aquele que descumpre os mandamentos judiciais, como se vê, por exemplo, nos arts. 14, parágrafo único e 601, do Código de Processo Civil".

De um modo geral, o *contempt of court* tratado na doutrina estrangeira consiste em um ato ou omissão que substancialmente perturba ou obstrui o processo judicial em um caso concreto, podendo incluir o comportamento da parte ou de terceiros durante o julgamento (com a interrupção deste) ou, ainda, comportamentos obstrutivos fora das instalações físicas do tribunal. O *contempt* pode incluir também a desobediência de uma ordem judicial como, por exemplo, quando uma parte viola uma *injunction* ou quando uma testemunha se recusa a responder uma pergunta efetuada pelo juiz[26].

O *contempt of court*, ainda, pode ser visto sob dois vieses: um primeiro, relacionado ao ato de *contempt* praticado pelo *contemnor,* e um segundo, visto como instituto jurídico. Nesse diapasão, vale reprisar a abordagem distintiva realizada por Adriana Barbosa ao tratar o *contempt of court,* no sentido estrito, como um ato de desprezo ao tribunal ou de desobediência a uma ordem judicial que, por interferir na administração da justiça, é punível com multa ou prisão; e, no sentido amplo, como um "instituto jurídico" originário dos países de *common law*, cuja finalidade é coagir as pessoas sujeitas à jurisdição à cooperação por intermédio da aplicação de sanções[27]. Logo, a definição compreenderia não só o ato de desacato propriamente, mas, principalmente, o poder conferido ao juiz de reação imediata e de aplicação das sanções cabíveis em reprimenda.

3. CLASSIFICAÇÃO

Procedimentos para apuração e aplicação de *contempt of court* são *sui generis*[28]. Tradicionalmente, à semelhança de outros institutos jurídicos, o *contempt of court* recebeu algumas classificações, sendo uma delas merecedora, ainda que brevemente, da devida análise no presente estudo[29]: o *civil contempt* e o *criminal contempt*¸ classificados de acordo com a finalidade da aplicação das sanções.

26 DOBBS, Dan B. ***Contempt of court:* a survey**. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 185-186.

27 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O *contempt of court* no direito brasileiro e norte-americano**. Vitória: 2010, 212 f. Tese (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, p. 16.

28 MOSKOVITZ, Joseph. **Contempt of injunctions, civil and criminal.** London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943, p.783.

29 Além da separação entre *contempt* indireto e *contempt* direito, Marcelo Lima Guerra (Execução indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 93) propõe, ainda, uma terceira classificação de *contempt of court*: a separação entre o *contempt* cometido pelas partes do processo e aquele praticado por terceiros. Exemplos dessa última espécie são os casos de comentários, com mensagens falsas, veiculados na imprensa, sobre processos em curso. Contudo, por não ser o corte do presente estudo, a discussão não será objeto de análise dentro da classificação do *contempt of court* aqui debatida.

3.1. *CIVIL CONTEMPT* E *CRIMINAL CONTEMPT* NA *COMMON LAW*

A classificação mais relevante para o presente estudo é aquela que distingue o *contempt of court* em *civil* e *criminal.* Nesse diapasão, a importância da distinção não reside no fato da conduta em si, porque qualquer conduta tanto pode ser qualificada como civil ou penal, nem nas respectivas sanções, pois essas podem ser utilizadas para reagir a um e a outro, sendo em tudo idênticas, mas, sim, no propósito da reação. Ao *contempt* civil o juiz reage para obter o cumprimento de uma prestação do *contemptor,* ou seja, daquele que cumpre conduta desrespeitosa; no *contempt* penal o propósito da medida relativa é apenas a punição[30].

Dessume-se, por tal ilação, que o desiderato primário da aplicação das sanções constitui a principal distinção das modalidades de *contempt* entre criminal e civil. Nesse sentido, os casos de *contempt* criminal possuem caráter primordialmente punitivo, objetivando punir o transgressor pelo ato cometido, a fim de impor a autoridade do tribunal e proteger a administração da justiça; já os casos de *contempt* civil, por sua vez, tem por escopo a coerção do *contemnor* ao cumprimento da ordem judicial ou, não sendo essa mais possível, a compensação do autor pelo prejuízo suportado em decorrência da desobediência cometida[31].

Se um ato de desprezo for praticado em desfavor direto do respeito à autoridade judiciária ou ao correto andamento do processo, como quando as partes se comportam intencionalmente de uma maneira a prejudicar a atuação dos magistrados e auxiliares da justiça ou os impeçam de fazer seu trabalho, ou ainda quando possuem comportamento desordeiro, causando ruído ou perturbação que interrompam o processo, o *contempt* será considerado de natureza criminal. Ainda podem ser encaixar nessa classificação, mesmo que pouco frequentes, a desobediência ou resistência deliberada a uma ordem ou mandado judicial ou a publicação ou encenação de mensagens falsas sobre o processo ou o julgamento, com fim deliberado de ferir a imagem dos agentes judiciários envolvidos.

Por se tratar de ato já praticado, o *contempt* criminal enseja a aplicação de sanções punitivas, com o intuito de penalizar o *contemnor* para se evitar a recalcitrância da ação violadora, vindicando-se desta forma a autoridade do tribunal. Importante ressaltar que para caracterização do *contempt criminal* deverá ficar provado que a conduta do transgressor foi praticada de forma intencional, ao passo que o *civil contempt* só ficará descaracterizado se comprovado que a atitude decorreu de um ato acidental ou por impossibilidade de se cumprir o comando judicial[32].

30 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 315-316.

31 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O *contempt of court* no direito brasileiro e norte-americano**. Vitória: 2010, 212 f. Tese (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, p. 70.

32 TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p.99. Acrescenta o autor que para a caracterização e sancionamento, em ambos os casos de *contempt* é necessário que o comando judicial seja claro e preciso, e o transgressor tenha sido adequadamente cientificado.

O *contempt* civil decorre da ação ou omissão a certo comportamento prescrito pelo tribunal, podendo ser uma *injunction* ou *order of specific performance*. Tem por escopo a preservação da autoridade da justiça por intermédio de medidas precipuamente coercitivas destinadas a pressionar o transgressor ao cumprimento do comando. As sanções para o *contempt* civil apesar de serem coercitivas por natureza, apresentam, certas vezes, caráter compensatório e, mesmo que não intencional, podem surtir efeitos punitivos. Por isso, Moskovitz alerta que, frequentemente, a linha distintiva entre o *contempt* civil e criminal se faz muito tênue, podendo um mesmo ato constituir ambas as espécies de *contempt*[33].

Conforme observa Adriana Barbosa[34], o *contempt* civil, além de visar preservar a integridade da justiça, é considerado como profícua técnica de execução indireta. As medidas coercitivas mais aplicadas são a prisão, a multa diária e o sequestro provisório de bens, podendo ser destinadas a todos que foram notificados da ordem judicial expedida. Dado o seu caráter coercitivo, a punição do *contempt* civil pode ser por tempo indeterminado, bastando para sua interrupção o cumprimento da ordem judicial desobedecida[35].

Por mais que a literalidade do vocábulo possa transparecer uma ideia de que o *contempt* criminal ensejaria sempre medida de cunho prisional, enquanto o *contempt* civil estaria associado às restrições de direitos ou sanções pecuniárias, vale frisar que em ambos os casos poderá ocorrer tanto a prisão como a multa, diferenciando-se, contudo, quanto ao propósito pelo qual se pune.

Isso porque, como sublinhado, a ideia do *contempt* criminal é a de punição, que poderá ser por prisão (como casos de desacato, prática de atos de violência, exaltação em audiência) ou multa (demais atos atentatórios a dignidade da justiça). Por outro lado, o escopo do civil *contempt* é o de justamente servir como instrumento de coerção do *contemnor* a cumprir a ordem judicial, podendo ser efetivado por prisão coercitiva ou multa nas hipóteses de descumprimento à ordem judicial.

Por fim, não é despiciendo lembrar que uma conduta desrespeitosa ao tribunal pode ser passível, concomitantemente, de *contempt* civil e criminal,

33 "The courts have recognized that the line between civil and criminal contempt is often very tenuous, yet this distinction is made decisive in such vital matters as parties, procedure, evidence, judgments, and review. The same acts, moreover, may constitute both civil and criminal contempt" (MOSKOVITZ, Joseph. **Contempt of injunctions, civil and criminal.** London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943, p.780-781).

34 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O *contempt of court* no direito brasileiro e norte-americano**. Vitória: 2010, 212 f. Tese (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, p. 68.

35 Araken de Assis (O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 111, 2003, p. 31) menciona que em casos de prisão do desobediente como meio coercitivo, o preso "guarda no próprio bolso a chave para sair do cárcere", bastando, para tanto, adotar o comportamento prescrito pelo juiz.

tanto no processo civil, quanto no penal. É dizer, um *civil contempt* tanto pode ser cometido durante um processo civil quanto em um processo penal, valendo a mesma regra para o *criminal contempt*[36].

4. SANÇÕES APLICÁVEIS AO *CONTEMPT OF COURT* NO DIREITO ESTRANGEIRO

Tradicionalmente, entende-se que são três as principais sanções aplicadas aos casos de *contempt of court* pelas principais Cortes do *common law*, havendo singulares diferenças entre um país e outro[37]: a multa (*fine)*, a prisão (*imprisonment* ou *commital*) e o sequestro de bens (*sequestration*).

A multa utilizada para punir atos de *contempt* criminal é imposta em valores fixos e apresenta caráter punitivo. Já aquela utilizada como medida coercitiva para punir atos de *contempt* civil é decretada em valor suficiente para desestimular a prática (gravidade da conduta) e impactar de forma coercitiva o transgressor até o cumprimento da ordem judicial desobedecida ou, ainda, imposta de forma condicional, ou seja, incidente a cada vez que a ordem judicial for violada.

Acrescenta Marcelo Lima Guerra a admissão de multa com caráter compensatório, cuja função seria indenizar os danos sofridos pela parte em razão do *contempt* (inclusive as custas judiciais)[38]. Contudo, adverte o autor, tal função compensatória tem sido alvo de críticas no direito anglo-americano, na medida em que a condenação em perdas e danos (*damages*) deve ser obtida através de um processo com júri, diferentemente do tradicional *civil contempt*[39].

Há se reconhecer que a multa se mostrará eficiente nas situações em que o *contemnor* possua patrimônio. Para os casos em que a parte se encontra desprovida de patrimônio suficiente para arcar com a multa, essa se mostrará inócua, o que pode fragilizar ainda mais a autoridade do Poder Judiciário. Nesses casos, para contornar tal situação, os tribunais anglo-americanos têm utilizado a aplicação da prisão do agente ofensor ou, até mesmo, a sua mera ameaça[40].

A prisão, tal qual a multa, tem no *criminal contempt* caráter punitivo para a parte infratora e, por isso, deve ser decretada por um período determinado. Já se passa a apresentar caráter coercitivo, instrumento do *civil contempt,* a prisão pode

36 A esse respeito ver: DOBBS, Dan B. ***Contempt of court*: *a survey***. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 237.

37 Sobretudo entre os tribunais ingleses e as cortes norte-americanas, como se passará a expor.

38 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 100.

39 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 100. Para maior aprofundamento na questão ver: DOBBS, Dan B. ***Contempt of court*: *a survey***. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 275-278.

40 SILVA, Luiz Antonio M. A. O contempt of court no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 191, 2011, p. 91-92.

ser decretada por um período indeterminado, até que o transgressor decida cumprir a ordem judicial. Pode ainda ser decretada condicionalmente, a fim de que a parte, ciente da possibilidade de sua aplicação, decida evitá-la.

Outra sanção, aplicada principalmente no *contempt* civil britânico, é o sequestro (*sequestration*) de bens do *contemnor*. O sequestro de bens (instrumento de coerção) é uma medida extrema que atinge todo o patrimônio do *contemnor,* impedindo-o de dispor ou usufruir desse patrimônio sem a devida autorização judicial, cabendo sua utilização, ainda, como garantia do pagamento de eventual multa imposta em virtude do *contempt*[41].

Há, ainda que menos utilizada, uma quarta espécie de sanção, excepcional e extrema, aplicada pelos tribunais exclusivamente em casos de *civil contempt:* a limitação de alguns direitos processuais da parte que pratica a ofensa (*Denial of Right To Litigate*). Ensina Dobbs que sanções por *contempt* podem incluir também negações, a uma parte, de alguns poderes e faculdades normais do processo, podendo "serem feitas desconsiderando alegações, rejeitando a admissão de recursos ou limitando, de qualquer outra forma, a participação do litigante no procedimento enquanto ele permanecer em *contempt*"[42].

Não é despiciendo frisar que as medidas analisadas, apesar de serem as mais comuns, não são as únicas possíveis, tendo em vista a atipicidade dos mecanismos para a prevenção e repressão ao *contempt* pelos juízes e tribunais. A razoabilidade e a proporcionalidade, diante dos direitos e garantias individuais, servem como limites à aplicação das sanções e ameaças de sanções pelo desrespeito ou desobediência ao comando judicial[43].

5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO *CONTEMPT OF COURT* NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Os ordenamentos jurídicos nas tradições do *common law* e do *civil law* "evoluíram muito no sentido de diminuir sua tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois ramos do direito ocidental, crescendo a olhos vistos o movimento de harmonização" entre o direito de característica anglo-saxã e aquele de tradição

41 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 102.

42 DOBBS, Dan B. ***Contempt of court*: *a survey***. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 278-279. "Contempt sanctions may also include denying a litigant some of the normal rights or privileges of litigation. This may be done by striking pleadings, refusing to permit appeals, or otherwise limiting his participation in the trial while he remains in contempt. This can be an extreme and dangerous sanction, and its use as a criminal punishment for contempt is probably unwarranted".

43 Analisando os limites para aplicação das sanções por *contempt of court* no direito brasileiro: SILVA, Luiz Antonio M. A. O contempt of court no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 191, 2011, p. 91.

romano-germânica[44]. Apesar dessa tendência de maior aproximação com institutos tradicionais do *common law*, a exemplo do sistema de precedentes e do *stare decisis*, ainda não é possível se vislumbrar, no ordenamento jurídico pátrio, algum instituto com a mesma amplitude e poder de coerção do *contempt of court* inglês e norte-americano.

No direito processual civil brasileiro as normas jurídicas que embasam o instituto do *contempt of court* dimanam como corolários dos princípios do acesso à justiça, da boa-fé processual (art. 5º), da inafastabilidade do controle jurisdicional e, principalmente, da cooperação/comparticipação (art. 6º), não possuindo, contudo, a mesma gama de possibilidades de atuação franqueada aos tribunais da *common law*. Em menor intensidade, o *contempt* adotado no Brasil deita raízes, ainda, em outros princípios constitucionais-processuais, como o do devido processo legal e o do contraditório (arts. 7º, 9º e 10)[45], elevados a condição de "normas processuais fundamentais" pelo atual CPC[46].

Não se pode mais negar vistas à constatação de que o princípio da cooperação (ou comparticipação) entre os sujeitos do processo foi eriçado à condição de norma fundamental de direito processual civil, de forma que o instituto do *contempt of court* pode (e deve) ser utilizado com maior rigor, não servindo apenas como mera regra intimidadora, como constava no CPC revogado[47], mas como mecanismo que busca, na atuação das partes, a eficiência do procedimento, sobretudo em se tratando da execução civil.

Nesse sentido, o revogado inciso V e parágrafo único do art. 14 do CPC-73, tratados como típicos exemplos de *contempt of court* no Brasil, encontram parcial correspondência no atual art. 77, incisos IV, VI e parágrafos do CPC. Apesar de, *prima facie*, o novo texto sugerir pouca evolução em relação à matéria, é possível notar avanços, ainda que modestos, em relação às medidas coercitivas

44 ZANETI JUNIOR. Hermes. **Processo Constitucional – O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247.

45 Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. [Livro digital] 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 124-125.

46 Nessa senda, vale o escólio da doutrina de Ada Pellegrini ao se referir sobre as normas de conduta ética e abusos no processo: "Dessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade. É por isso que os códigos processuais adoram normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores" (Paixão e morte do 'contempt of court' brasileiro - art. 14 do Código de Processo Civil. In: **Direito Processual: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lâmmego (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-2).

47 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de Execução Civil.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 67.

que buscam impor efetividade às decisões judiciais e aquelas que pretendem punir os atos de desrespeito à autoridade da Corte.

Dentre as manifestações da consagração do instituto no Brasil podemos encontrar os deveres insculpidos no art. 77, IV e VI, §§ 1° e 2º e no art. 772, II do CPC[48]. Nas situações descritas nesses dispositivos, o juiz deverá advertir qualquer das pessoas ali mencionadas de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório a dignidade da justiça. Vale dizer, a advertência é condição prévia à imposição da multa de até vinte por cento do valor atualizado da causa ou do débito em execução, respectivamente.

Nesse aspecto, o atual Código de Processo Civil trouxe preocupações de cunho moral, que se busca atender com a previsão de condutas, consideradas éticas, a serem seguidas pelos sujeitos envolvidos ao longo de todo o processo. Marinoni, Mitidiero e Arenhart sustentam que o art. 77 do CPC prevê deveres (e não ônus) àqueles que de qualquer forma participem do processo, não se limitando às partes diretamente envolvidas no litígio[49], sendo o seu eventual desatendimento passível de sanção, conforme art. 77, §§ 2º e 7° e arts. 79, 81, 96, 161, 334, §8º, 774 e 903, §6º do CPC.

Ainda nesse contexto, deve o juiz do caso dirigir o processo prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça, bem como indeferindo postulações meramente protelatórias (art. 139, III, CPC), o que demonstra um nítido avanço legislativo na ampliação dos poderes do magistrado para garantir o respeito à dignidade da justiça. Nesse ponto fica a pergunta: poderia o juiz valer-se da regra do artigo 139, III, para buscar sanções processuais atípicas além daquelas que já existem no CPC?

Pensamos que, no Brasil, um dos principais problemas a serem enfrentados quando se trata de *contempt of court* como meio de efetivação de resultados no processo seja o risco de utilizar-se de medidas punitivas como fator de coerção. Não cabe aos magistrados saírem imaginando medidas punitivas novas, não previstas no ordenamento jurídico pátrio, para fazer valer a autoridade da decisão. Seria de bom alvitre, fosse essa a intenção, que o legislador tivesse esclarecido que a prevenção e a repressão de atos atentatórios, previstos na cláusula geral do artigo 139, III, do CPC, gozassem da atipicidade de sanções processuais[50]; ou melhor, que trouxesse expressamente sua previsão, listando, por exemplo, que tipos de sanções processuais poderiam ser impostas àquele que despreza a Corte.

48 Ainda, como exemplos expressos de atos considerados como atentatórios à dignidade da justiça no CPC, temos os arts. 161, 334, §8º, 774 e 903, §6º do CPC.

49 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

50 Contudo, fazemos a ressalva de que a ideia ainda deve ser amadurecida na doutrina e na jurisprudência.

À semelhança do *contempt of court* da *common law*, o ato atentatório à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição, por violação do dever de cumprimento das decisões judiciais ou por embaraço à efetivação destas, coloca o infrator sujeito a multa de até vinte por cento do valor da causa (§2º do art. 77), sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis. O problema é que, novamente, o legislador não definiu o que seriam essas "sanções criminais, civis e processuais cabíveis", pairando a dúvida dantes existente sobre o quê, além da multa, poderia ser aplicado àquele que incidisse na hipótese do artigo 77, IV e VI, do CPC[51].

Dúvidas não pairam, de outro lado, de que a multa do sobredito §2º apresenta caráter nitidamente punitivo, a exemplo do *criminal contempt* da *common law*, razão porque pode ser cumulada com a multa coercitiva do art. 537 ou com a multa a que se refere o art. 523, §1º do CPC.

Outra interessante inovação é aquela trazida pelo §7º, do art. 77, ao reconhecer que, havendo violação ao disposto no inciso VI desse mesmo artigo, o juiz deverá determinar o "restabelecimento do estado anterior", podendo, para tanto, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação da sanção prevista em seu §2º. Aqui se tem uma clara manifestação, no direito brasileiro, da chamada *Denial of Right To Litigate*, ou seja, a limitação temporária de alguns direitos processuais da parte que pratica a ofensa[52].

Tema ainda controvertido diz respeito à multa aplicada por ato atentatório à dignidade da justiça prevista no parágrafo único do art. 774 do CPC. À primeira vista, o desiderato do dispositivo ora tratado não se coadunaria com aquele previsto no art. 77, IV e §2º. Isso porque, embora se refira também ao "ato atentatório à dignidade da justiça", a multa do art. 774 se reverte em favor do exequente (parágrafo único) enquanto a multa do art. 77 é revertida em favor da União ou do Estado (art. 77, §3º)[53].

No ponto, nos parece que o legislador pátrio deixou de imprimir sistematicidade ao distinguir, sem qualquer explicação razoável para tanto, o beneficiário da sanção pecuniária (multa) aplicada ao *improbus litigator* da parte geral do CPC

51 ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 222.

52 Outro exemplo do emprego da referida técnica se encontra no art. 78, §1º do CPC, *verbis*: "Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados. §1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra".

53 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 738; e AZEVEDO, Gustavo Henrique T. de. Art. 774. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1015.

(art. 77, IV e VI) daquele outro do processo de execução (art. 774). Ora, se o instituto do *contempt of court* é aplicado mediante a punição, com multa processual, àquele que atentar contra o exercício da jurisdição (art. 77, §§ 1º, 2º e 3º), a referida verba deveria ser destinada aos cofres públicos, o que se mostra lógico e sensato, visto que estar-se-á a tratar de ato que atenta contra a jurisdição estatal[54].

É certo que, como bem informam Francisco Vieira Neto e Myrna Carneiro, o modelo brasileiro tem como característica a cumulatividade das consequências (punitivas e coercitivas) do não atendimento da ordem judicial, tendo absorvido a influência, neste ponto, do *contempt of court*[55]. E que tal modelo também se caracteriza pela dualidade de destinação dos valores obtidos do devedor em função de medidas punitivas ou coercitivas, ponto em que foram absorvidas influências tanto do *contempt of court,* como do direito francês (*astreintes*)[56].

Contudo, se as condutas nos casos acima são ontologicamente as mesmas, ou seja, são consideradas atentatórias a dignidade da justiça, qual a razão da referida distinção? Quisesse o legislador deixar clara a diferença entre *astreinte* e *contempt of court*, melhor seria ter destinando a multa da primeira ao exequente e a segunda ao Estado, possibilitando sua cumulação, muito embora a imposição de uma *astreinte* já se configura, de certo modo, no descumprimento do dever da parte em cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (art. 77, IV).

Vale dizer, por qual razão condutas ontologicamente consideradas iguais, ou seja, violadoras da dignidade da justiça, possivelmente praticadas pelo mesmo sujeito, têm o resultado de sua sanção (a multa) destinado a beneficiários diferentes (na parte geral, o Estado; na parte especial, o exequente)? Ainda, se a imposição de *astreintes* representam, ao cabo, também o desrespeito da parte à dignidade da justiça, tendo em vista violarem o cumprimento da decisão jurisdicional (art. 77, IV), por qual motivo podem ser impostas em montantes superiores aqueloutras destinadas a sancionar os atos expressamente considerados pelo legislador como atentatórios à dignidade da corte?

6. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E O *CONTEMPT OF COURT*

Além das previsões contidas nos arts. 77, IV e VI, 161, parágrafo úni-

54 Crítica feita por Marcelo Abelha a respeito da aparente falta de sistematização do tema (**Manual de Execução Civil.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015*,* p. 68).

55 LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes. A Inovação do Art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil à Luz da Jurisprudência: Estamos no Caminho Adequado para Desenvolver o Processo Justo? **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 78, 2017, p.92.

56 LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes. A Inovação do Art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil à Luz da Jurisprudência: Estamos no Caminho Adequado para Desenvolver o Processo Justo? **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 78, 2017, p.92.

co, 334, §8º, 774, 903, §6º e 918, parágrafo único, o Código de Processo Civil consagra em outros dispositivos, ainda que parcialmente, comandos que possuem escopo similares ao do *contempt of court* do direito anglo saxônico, sobretudo aqueles que, de alguma forma, visam assegurar a dignidade da justiça, impedindo a litigância de má-fé, o embaraço ao andamento processual e o descumprimento às decisões judiciais.

O art. 80 do CPC apresenta um rol não-exclusivo[57] dos atos que, se praticados no processo, levarão o atuante a ser considerado como litigante de má-fé. Dessa forma, a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária, poderá ser considerado litigante de má-fé[58]. O art. 81, por sua vez, se encarrega das consequências jurídicas que incidem na condenação do litigante de má-fé, tendo sempre por pano de fundo que essa condenação poderá ser arbitrada "de ofício" ou à requerimento da parte, à semelhança do que ocorre com o *contempt of court* norte-americano[59].

Caracterizada a litigância de má-fé, há para o *improbus litigator* o dever de indenizar, mesmo que seja vencedor na ação, pois essa indenização independe do resultado da demanda. Observa-se que o reconhecimento da litigância de má-fé poderá acarretar, além da imposição de multa (arts. 81, 142 e 536, §3º), a condenação cumulativa do participante desleal em perdas e danos (se comprovado o prejuízo causado à parte contrária pela conduta de má-fé), despesas processuais e honorários advocatícios. Eis o ponto pelo qual, no Brasil, não há se confundir litigância de má-fé com punição por *contempt of court*.

O legislador brasileiro permitiu que a condenação por litigância de má-fé pudesse ser imposta cumulativamente com a sanção pelo embaraço à atividade jurisdicional (*contempt of court*) prevista no art. 77, IV e §1º do CPC. Ademais, procurou deixar clara essa distinção ao enunciar, no art. 777, que "a cobrança de multas ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé ou de prática de ato atentatório à dignidade da justiça será promovida nos próprios autos do processo", separando, pois, os dois conceitos.

Esclarecendo a diferenciação entre os referidos institutos, Nelson Nery e Rosa Nery afirmam que

> a multa fixada pelo juiz como decorrência do *contempt of court* não

57 Vide as hipóteses dos arts. 142 e 536, §3º do CPC. Frise-se, contudo, que as hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé estão arroladas em *numerus clausus* no ordenamento jurídico, não sendo possível ao juiz criar outras hipóteses.

58 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p 305.

59 Desse modo, Cândido Rangel Dinamarco (**A reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62) afirma que a possibilidade de condenação do litigante de má-fé *ex officio* é "consequência do verdadeiro *contempt of court* que toda litigância de má-fé encerra (matéria de ordem pública)".

> se destina à parte processual, pois sancionadora de ato atentatório ao exercício da jurisdição (...). A litigância de má-fé (CPC 79 a 81) é ato prejudicial à parte vítima do *improbus litigator*, porque ofensiva ao princípio da probidade (lealdade) processual (CPC 5.º), de modo que nada tem a ver com o embaraço à atividade jurisdicional caracterizado pelo *contempt of court*. Portanto, ambas as sanções (*contempt of court* e litigância de má-fé) podem ser impostas, cumulativamente, sem que se incida em duplicidade de penalidades[60].

Daí se explica porque as sanções dos arts. 79 e 81 (multa e perdas e danos por litigância de má-fé) podem ser cumuladas com a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*) do art. 77, §2º. Vale dizer, esta última penalidade será revertida em favor da Fazenda Pública, enquanto a primeira - ofensiva aos princípios de cooperação (art.6º) e boa-fé e aos deveres de probidade/ lealdade processual (art. 5º) - será imposta em favor da parte prejudicada, caracterizando, pois, medida compensatória.

Entendemos, contudo, que a punição pela litigância de má-fé exerce um papel relevante para tutelar a dignidade da justiça, guardando forte e inegável relação com os atos abarcados pelo *contempt of court*. Isto porque o interesse público indica ao magistrado o dever de prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes e, apesar de o legislador brasileiro ter feito uma distinção entre os atos considerados contrários à dignidade da justiça e aqueles considerados como litigância de má-fé, a verdade é que, no direito da *common law,* os primeiros estariam abarcados pelo conceito de *contempt of court*.

7. A RELAÇÃO ENTRE AS *ASTREINTES* E O *CONTEMPT OF COURT* NO CPC

Inspirada no direito francês, a *astreinte* é forma de coerção psicológica da parte em um processo judicial a fim de pressioná-la a cumprir certa obrigação ou ordem específica. Atua por meio da imposição de multa coercitiva, aplicada por tempo indeterminado, destinada a induzir o destinatário ao cumprimento de específica decisão judicial.

No CPC, as *astreintes* estão previstas como multas progressivas pelo atraso (mora) no cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa (art. 536, §1º), aplicáveis tanto nas decisões provisórias como nas definitivas e nos atos da execução forçada (art. 537). Há, ainda, a multa moratória fixa, incidente no (des)cumprimento de sentença relativa à obrigação de pagar quantia

60 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 296.

certa, prevista no art. 523, §1º[61].

Apesar do caráter coercitivo das *astreintes*, fato que a aproxima da ideia do *contempt civil* da *common law*¸ tem-se que ela não surgiu especificamente com o fim de tutelar a dignidade do Poder Judiciário. Isso porque a *astreinte* do direito francês tem a natureza de "pena privada, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor", sendo medida coercitiva "cujo único objetivo é pressionar o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória"[62]. De outro lado, no direito anglo-americano, as medidas de cunho pecuniário impostas à parte em decorrência do *contempt of court* se destinam ao Estado, posto o seu desiderato de resguardar a autoridade da Corte[63].

Por óbvio, tal qual ocorre com a multa por litigância de má-fé, as *astreintes* exercem papel relevante para a tutela da dignidade da justiça, visto que se compete a todos "cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação", na medida em que o devedor que não cumpre uma ordem judicial estaria também violando a regra do art. 77, IV, do CPC, como já frisado.

Essa combinação do legislador faz com que o inciso IV do art. 77 deva ser lido conjuntamente com o art. 139, IV do CPC[64]. A leitura desse último dispositivo possibilita a adoção, desde que requerida pela parte interessada, de medida coercitiva de multa também nas obrigações de pagar quantia, a despeito de sua questionável eficácia, visto que o crédito advindo da multa seria exequível através do mesmo modelo inefetivo que já estaria sendo utilizado para o recebimento do crédito.

Em relação as medidas atreladas ao cumprimento da ordem judicial de cunho coercitivo, parece-nos que o legislador do Código Processual Civil optou por combinar, dentro dessa sistemática, aspectos tanto do sistema francês quanto do sistema de *contempt of court,* criando um sistema novo, inspirado nessas experiências estrangeiras, o que não ficou imune à críticas da doutrina[65].

61 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. [livro digital] 56ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 742.

62 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 115 *usque* 117.

63 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 100.

64 Conforme Marcelo Abelha, essa mesma regra deve ser aplicada, inclusive, a quaisquer atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva, cujo comando deixe de ser atendido pela parte. (**Manual de Direito Processual Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 223).

65 Sobre o assunto, Marcelo Abelha (**Manual de Direito Processual Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 221-222) propõe as seguintes considerações: "O novo CPC melhorou muito o tema, mas não tratou como deveria e merecia o tema do *contempt of court*. É de se dizer que o NCPC, por exemplo, deveria ter corrigido certas distorções em relação à harmonização das situações ensejadoras do *contempt of court* com outras como no caso das astreintes. Veja-se, por exemplo, o art. 14, V, do CPC de 1973, visto como um tipo legal ensejador da aplicação da punição de multa 'não superior a 20% do valor da

A respeito da distinção entre as *astreintes* utilizadas no processo civil brasileiro e as sanções aplicadas por *contempt of court,* valemo-nos das precisas lições expostas por Guilherme Rizzo Amaral[66] que, em obra referencial sobre o tema, sintetiza o porquê da necessária separação:

i) nas obrigações de pagar quantia certa, em que não há previsão da imposição de *astreintes*[67] (o autor se refere ao CPC-73), se o devedor descumpre a determinação de pagar, ou seja, descumpre decisão judicial, não haveria aí também ofensa à dignidade da justiça?

ii) se o descumprimento de uma ordem judicial deve equiparar-se à ofensa à dignidade da justiça, não serão as *astreintes* que irão evitá-la (como visto, para isso existe a previsão da aplicação de tipos específicos de multa);

iii) por caber somente ao autor a iniciativa de executar a quantia resultante da incidência da multa, seria difícil se sustentar que uma determinada sanção prevista em prol da dignidade da justiça e, portanto, em interesse do Estado, tenha seu último e derradeiro momento - a execução - conferida ao encargo de um particular;

iv) o interesse subjetivo, imediato e predominante de que se torne efetiva a prestação jurisdicional é do indivíduo, tanto que sua eventual renúncia ao direito protegido pela multa coercitiva, ou mesmo ao crédito dela resultante, desautoriza o Estado a continuar perseguin-

causa' que foi repetido no art. 77, § 2º, do NCPC. Era esperado que o legislador tivesse estabelecido uma adequada e justa adequação deste dispositivo com a previsão das astreintes do art. 537 do NCPC, afinal de contas a incidência da astreintes presume, logicamente, o desatendimento de uma ordem judicial. Poderia o legislador ter enfrentado o tema da mistura de campos envolvendo as astreintes com a multa do *contempt of court.* Não basta dizer que esta é punitiva e aquela é coercitiva, afirmando que uma não prejudica a outra, como o fez o art. 77, § 4º, afinal de contas a todos compete 'cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação', e na medida em que o devedor não cumpre uma ordem judicial, estará violando a regra do art. 77, IV, do CPC. A incidência da astreintes é a prova cabal do ato atentatório à dignidade da justiça. Ora, por que aquela atinge um valor infinitamente maior do que esta? O ato indigno à justiça deveria ser tratado de forma infinitamente mais rigorosa do que as astreintes. No afã de aproximar dois institutos de berços diferentes, *contempt of court* e astreintes, o legislador perdeu uma grande oportunidade de torná-los incoerentes ao operador do direito."

66 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: Multa do artigo 461 do CPC e outras.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70 *et seq*.

67 Conforme explicitado, entendemos que o atual CPC, inovando em relação ao seu antecessor, possibilita ao juiz, na execução ou cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia, fixar multa periódica para se atingir o pagamento de quantia certa, com fulcro na redação do art. 139, IV, *in fine*: "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Nesse sentido, ver também: DELLORE, Luiz. *Aspectos da multa diária no Novo CPC*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/aspectos-da-multa-diaria-no-novo-cpc>. Acesso em 15 de junho de 2020.

do o atendimento da decisão judicial;

v) por fim, salienta o autor que, se as *astreintes* fossem medidas protetivas da dignidade do Poder Judiciário e de suas decisões, teríamos também de admitir sua incidência e posterior execução mesmo naqueles casos em que a decisão que contém a previsão cominatória descumprida pelo réu fosse posteriormente reformada[68-69].

Vê-se, pois, que a multa punitiva do art. 77, §2º e, em menor intensidade, aquela prevista no art. 774, par. único do CPC, correspondentes (ainda que de forma limitada) ao *contempt of court* do direito estrangeiro, visam tutelar a dignidade e a autoridade do Poder Judiciário, principal baluarte do exercício da jurisdição estatal. Por outro lado, no direito pátrio, as *astreintes* têm por escopo proporcionar ao autor/exequente a tutela específica, mediante coerção psicológica ao cumprimento da decisão judicial.

Nessa senda, com muita precisão, esclarece Marcelo Abelha que a multa processual do §2º, do art. 77, do CPC

> é punitiva de uma conduta processual ímproba, caracterizando-se como *contempt of court* e aplicável a qualquer sujeito do processo. Ela não se confunde com as *astreintes* impostas ao réu como categoricamente prescreve o §4.º do art. 77. Nesse dispositivo o objeto tutelado é a dignidade da justiça e essa multa não se baralha com a *astreinte*, cujo papel coercitivo é precípuo e o sujeito processual por ela atingido é sempre o requerido em desfavor de quem é efetivada a tutela. A cumulatividade das duas multas processuais é absolutamente possível de acontecer como claramente estabelece o NCPC[70].

CONCLUSÕES

As acentuadas diferenças outrora existentes entre os sistemas da *common law* e da *civil law* deixaram de ser analisadas de forma isolada nas últimas décadas. Intuitivo imaginar que, em um país cujo ordenamento jurídico e a atuação jurisdicional em grande parte ancoram-se em tradições romanísticas, a creditada

68 Para o referido autor, a multa somente seria exigível se a decisão que a fixou fosse confirmada e transitasse em julgado, posição essa que encontra relevante resistência na doutrina.

69 Igual entendimento fornece Eduardo Talamini ao repudiar o argumento de que a multa resguarda a autoridade do juiz – e não diretamente o direito pretendido pelo autor - ressalvando que, mesmo posteriormente verificada a falta de razão do autor, isso não apagaria, no passado, o descumprimento pelo réu da ordem judicial que a ele fora imposta (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 259).

70 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 67-68.

segurança fornecida pela letra da lei pretira valores morais e atuações casuísticas. O *contempt of court,* aparentemente, ainda não ocupa um plano de destaque no tratamento do processo civil no Brasil, o qual se esteia em técnicas processuais mais próximas de suas tradições, a exemplo das *astreintes* e das técnicas de sub-rogação.

Apesar de trazer interessantes avanços na tratativa do tema, o atual diploma processual manteve a multa pecuniária como instrumento primordial para a tutela da dignidade da justiça. Ainda, trouxe novas contradições internas, como aquela gerada pelo legislador pátrio ao distinguir, sem qualquer explicação razoável, o beneficiário da sanção pecuniária (multa) aplicada ao litigante do art. 77, IV e §2º (parte geral) daquele outro do processo de execução (art. 774, IV e parágrafo único), ao mesmo tempo que confere a pecha de ato atentatório à dignidade da justiça para as hipóteses em ambos previstas.

Por fim, viu-se que não há se confundir os conceitos de litigância de má-fé, *astreintes* e *contempt of court*, sendo, cada qual, destinado a tutela de um bem jurídico imediato distinto, com medidas processuais próprias e aplicáveis a cada caso. Apesar da independência entre elas, viu-se que o legislador brasileiro proporcionou uma verdadeira "mistura" entre os mecanismos, ora aproximando-se mais do sistema francês, ora do anglo-americano, criando um sistema *sui generis* de aplicação de sanções ou, melhor, um "*contempt of court* à brasileira".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de Execução Civil.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Direito Processual Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: Multa do artigo 461 do CPC e outras.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003.

AZEVEDO, Gustavo Henrique T. de. Art. 774. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano**. Vitória: 2010, 212 f. Tese (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo.

BLACK, Henry Campbell M. A. **Black's Law Dictionary**. 5. Ed. St. Paul: West Publishing, 1979.

BRAGA, Paula Sarno. **O parágrafo único do art. 14 do CPC: um *contempt of court* à brasileira**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_ agosto2008/docente/doc2.doc>. Acesso em 24.06.2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O *contempt of court* brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. **Revista Dialética de Direito Processual,** nº 18, p. 9-19, 2004.

DELLORE, Luiz. **Aspectos da multa diária no Novo CPC**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/aspectos-da-multa-diaria-no-novo-cpc>. Acesso em 22 de junho de 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. [livro digital] 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DOBBS, Dan B. **Contempt of court: a survey**. Cornell Law Review, v. 56, p. 182-284, 1971.

FOX, Sir John Charles. **The history of contempt of court: the form of trial and the mode of punishment.** Oxford: Clarendon Press, 1927.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro**. CJF: Brasília, Série cadernos do CEJ vol. 23, 2003, p. 312- 332.

GOLDAFARB, Ronald L. **The Contempt Power.** New York: Columbia Uni-

versity Press, 1963.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do 'contempt of court' brasileiro - art. 14 do Código de Processo Civil. In: **Direito Processual: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lâmmego (coords.). São Paulo: Saraiva, p. 1-11, 2003.

LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes. A Inovação do Art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil à Luz da Jurisprudência: Estamos no Caminho Adequado para Desenvolver o Processo Justo? **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 78, p.81-103, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina Selecionada: parte geral**. V. 1. Salvador: Juspodivm, p. 35-63, 2015.

MOSKOVITZ, Joseph. **Contempt of injunctions, civil and criminal.** London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, p. 780-824, 1943.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SILVA, Luiz Antonio M. A. O contempt of court no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 191, p. 83-123, 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações e reflexões sobre o direito Norte-Americano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, nº. 21, p. 96-133, 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. [livro digital] 56ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **O contempt of court na recente experiência brasileira – anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues %20Wambier(5)-formatado.pdf>. Acesso em 23.06.2020.

ZANETI JUNIOR. Hermes. **Processo Constitucional – O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of Court, execução indireta e participação de terceiros no Sistema Anglo—americano. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 121-147, 2014.

15

O PROJETO DE LEI Nº. 6.229/2005, AS ALTERAÇÕES NA LEI 10.522/2002 E O TRATAMENTO DO PASSIVO FISCAL NAS EMPRESAS EM CRISE

Victor Souza Soares
Bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Pós-graduando, LLM em direito societário pela
Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ)
Membro da Comissão de Direito Comercial do
Instituto dos Advogados de Pernambuco
Membro da Comissão de Direito Empresarial da
OAB/PE
Advogado

RESUMO: Este artigo aborda um dos principais defeitos do sistema de insolvência brasileiro: o tratamento do passivo fiscal das empresas em crise. Trata-se de problema demasiado gravoso porque implica o reconhecimento da falta de efetividade dos institutos da Lei de Recuperação de Empresas voltados à preservação da atividade econômica. Sem embargo da gravidade que representa, a situação está presente no sistema de insolvência brasileiro desde muito antes da vigência da Lei 11.101/2005, tendo sido por ela ignorado. Na atualidade, tramita no Congresso proposta de reforma que tem por pretensão corrigir inconsistências do regime recuperacional vigente, dentre as quais a inefetividade das regras atuais para o tratamento do passivo fiscal. Neste sentido, pretende-se, aqui, analisar o problema e a viabilidade da proposta de reforma para solucioná-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da insolvência. Crise empresarial. Passivo fiscal. Reformas legislativas.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em 1883, em meio às discussões sobre projetos para o *Bankruptcy Act* que tomavam cena no Parlamento Britânico, o então presidente do *Board of Trade*, Joseph Chamberlain, dirigiu-se a Câmara dos Comuns, expressando as linhas gerais que deveriam orientar a feitura de uma legislação falimentar adequada às

sociedades pós-industriais. Afirmou, na ocasião, que "o legislador deve proteger, tanto quanto possível, o salvamento e diminuir o número de naufrágios"[1] através do sistema de insolvência. A proteção da atividade econômica era a raiz daquele pensamento, que, ao tempo, ainda não pudera ser acolhido em legislações que conferissem efetiva proteção à empresa[2].

Por milhares de anos, desde o período clássico greco-romano até o prelúdio da contemporaneidade, os sistemas falimentares foram erigidos sob exclusiva perspectiva de punição ao falido e excussão do ativo restante na massa falida para repartição – nem sempre ordenada ou eficiente – entre os credores[3]. Esses parâmetros, anota Miranda Valverde, estiveram conformados nos institutos romanos da *missio in bona* e *venditio bonorum* e, posteriormente, espraiaram-se no direito comunal italiano, sedimentando-se, mais a frente, na base do instituto da falência, que ali primeiro se formou[4] e que ainda permeia diversos sistemas da tradição romano-germânica.

A partir dos moldes empregados na sistematização mercantil pelas cidades italianas, a falência foi incorporada ao sistema jurídico francês, através da Ordenança de 1673, vindo a ser integrada ao Código Comercial napoleônico de 1807[5], que compilou e reestruturou a esparsa legislação mercantil daquele país.

Como não poderia deixar de ser, ante os eventos históricos envolvidos e a influência da tradição francesa sobre o Império do Brasil, a legislação brasileira sobre insolvência mercantil foi profundamente influenciada pela codificação fran-

1 A transcrição integral, feita por Carvalho de Mendonça, é a seguinte: "A boa lei de falência deve ter em vista dois objetivos principais e distintos. Em primeiro lugar, deve propor-se a garantir a administração honesta do patrimônio do falido, a fim de chegar a uma distribuição integral e pronta do ativo entre os credores. Em segundo lugar, deve, respeitando o princípio – é melhor prevenir do que punir –, tomar medidas para elevar o nível da moralidade comercial, para favorecer o desenvolvimento do comércio honesto e para diminuir o número das falências. Em outros termos, o legislador deve proteger, tanto quanto possível, o salvamento (*to protect the salvage*) e diminuir o número de naufrágios (*to diminish the number os the wreks*)." (CARVALHO DE MENDONÇA, J.X., **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VII, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos. 1954. p. 57-58).

2 Convém esclarecer que, embora a ideia de preservação da atividade mercantil exista em discursos pretéritos, a positivação do instituto somente ocorreu na década de 1930, nos Estados Unidos da América, especialmente no âmbito do *Chandler Act* de 1938, conforme pontuam Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana V. Pugliesi (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de.; PUGLIESI, Adriana Valéria. Capítulo II: A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61-72).

3 TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do Direito Falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. 1ª Ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 33-67.

4 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 7. Também em FERREIRA, Waldemar Martins. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Sales, Oliveira, Rocha & Cia., 1927, p. 19-33.

5 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 8.

cesa[6]. Desde o Código Comercial de 1850, a tônica falimentar brasileira ostentou parâmetros semelhantes, de persecução e inabilitação do devedor.

Reformas foram feitas em períodos distintos, com o Decreto nº. 917, em 1890, a Lei nº. 859, em 1902, a Lei nº. 2.024, em 1908, o Decreto nº. 5.746, em 1929, até que, finalmente, sobreveio o Decreto-Lei nº. 7.661 de 1945, a legislação falimentar mais longeva na história do Brasil, revogada somente em 2005, com o advento da Lei de Recuperação de Empresas de nº. 11.101.

A problemática subjacente às múltiplas reformas por que passou o sistema falimentar brasileiro desde o Império, todavia, reside no fato de que as modificações se operam à base de tentativas do legislador de resolver crises econômicas pontuais, que surgem de tempos em tempos. E a recorrência com que isso acontece obnubila a necessidade de integrar o sistema falimentar com instrumentos e soluções atemporais – i.e. desatrelados de crises econômicas específicas – adequados à realidade do país e à realização dos escopos do sistema de insolvência, sejam eles de preservação da empresa ou de repartição eficientemente ordenada dos ativos do falido.

Esse entrave legislativo tem sido percebido, no Brasil, desde Miranda Valverde[7] – responsável, aliás, pelo anteprojeto da reforma de 1945 –, mas, ainda hoje, repercute[8]. O fato é também recorrente no direito norte-americano[9] e, tanto lá, quanto cá, é motivado em boa medida pela ideia de que as leis falimentares desgastam-se muito rapidamente com o passar do tempo, haja vista o atrito per-

6 O Código Comercial francês de 1807, aliás, chegou a viger no Brasil até 1850, regulando os negócios mercantis e marítimos, além dos processos falimentares, em preferência, inclusive, à legislação portuguesa, por força da Lei da Boa Razão (Alvará Português de 1769, vigente no Brasil por força da Lei Imperial de 20 de Outubro de 1823), que mandava aplicar, aqui, as leis das nações europeias civilizadas. De acordo com Carvalho de Mendonça, "a legislação portuguesa sôbre quebras, aliás abundante, vigorou no Brasil com profundas modificações, desde que a lei de 30 de outubro de 1823 mandou observar a de 18 de agôsto de 1769, que determinava que se guardassem nos negócios mercantis e marítimos, como subsidiárias, as leis das nações civilizadas da Europa. As disposições do Código Comercial francês eram preferidas às das leis portuguêsas, para regularem e decidirem tôdas as questões originadas das falências." (CARVALHO DE MENDONÇA, J.X., **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VII, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos, 1954. p. 62). Em semelhante sentido pondera Bruno Miragem em análise evolutiva acerca da formação do direito privada brasileiro: "No Brasil, a Constituição de 1824 já determinava a obrigação de editar-se um Código Comercial, ao lado do Código Civil e do Código Criminal. Este trabalho foi levado a efeito com a edição, em 1850, do Código Comercial brasileiro, sob influência direta do Código de Comércio francês de 1807 e, mais tarde, das codificações espanhola (1829) e portuguesa (1833)." (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A Contribuição Essencial do Direito Comparado para a Formação e o Desenvolvimento do Direito Privado Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, nº. 1.000. São Paulo: RT, fev./2019, p. 157-190)

7 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 18-21.

8 TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do Direito Falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. 1ª Ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 155.

9 TABB, Charles Jordan. The History of The Bankruptcy Laws in The United States. **American Bankruptcy Institute Law Review**, vol. 3, p. 5-51, 1995. No mesmo sentido: WARREN, Charles. **Bankruptcy in United States History**. Boston: Harvard University Press, 1935.

manente com a fraude e a inefetividade[10].

Nos Estados Unidos da América, uma positiva guinada legislativa se instalou com o atual *US Bankruptcy Code*. Isso se deve, em especial, à efetividade do *Chapter 11*, que fornece ferramental adequado à reestruturação e superação da crise econômico-financeira pelos agentes de mercado. A ideia é a mesma que, há tantos anos, inspirou Joseph Chamberlain: criar estímulos ao salvamento da empresa através do sistema falimentar; não para proteger o devedor, mas para salvaguardar a continuidade da atividade econômica, de sorte que o "naufrágio" pontual gere o mínimo de perdas sociais.

No Brasil, como dito, a cena falimentar modificou-se a partir da vigência da Lei nº. 11.101/2005. Assim porque se pôs em evidência a recuperação da empresa, em detrimento de sua dissolução pela falência. A preservação da empresa, inserta no art. 47 da Lei, estabeleceu-se como princípio norteador de aplicação do sistema de insolvência brasileiro[11], em linha com as principais legislações de países desenvolvidos[12].

O princípio da preservação da empresa é diretriz de afirmação da função social da atividade econômica (CRFB, art. 170, III)[13], porque visa assegurar a manutenção das fontes produtivas de bens e serviços, dos empregos, dos tributos, além do pagamento otimizado dos créditos inadimplidos pela empresa em crise. Para tanto, contudo, é preciso que seja real, concreta, efetiva a preservação da atividade. Não basta, para atendimento do postulado legal, que se prorrogue artificialmente a vida de uma empresa inviável, porquanto não se teria atingida, com

10 Miranda Valverde aponta, na introdução de seus comentários ao Decreto-Lei 7.661/1945 que "Uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir." (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 20).

11 CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações**: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 203-214.

12 Paulo Fernando Campos Salles de Toledo aponta para o pioneirismo legislativo norte-americano, substanciado no Chandler Act de 1938, em que se primeiro estabeleceu institutos de reorganização empresarial, voltados à preservação da atividade econômica. Institutos esses que, posteriormente, vieram a irradiar-se para outros sistemas, como a Lei francesa nº. 67-563, de 13 de Julho de 1967, e Ordenance nº. 67-820, de 23 de Setembro de 1967. Afirma o professor que "o marco inicial da resposta jurídica à necessidade de preservação da empresa encontra-se no direito norte-americano da década de 30 do século XX. Lá surgiram, primeiramente por meio de uma legislação de emergência editada em 1933 e 1937, e após, de modo mais sistematizado, com o Chandler Act, de 1938, procedimentos de cunho reorganizatório, em especial, a corporate reorganization." (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana Valéria. Capítulo II: A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61-72).

13 Sobre a releitura constitucional das regras, princípios e institutos do direito comercial contemporâneo: FIGUEIREDO, Ivanildo. **Teoria Crítica da Empresa**. 1ª Ed. São Paulo: IASP, 2018. p. 454-464. Em sentido mais amplo, e prisma constitucional, ver: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação crítica. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

isso, a finalidade legal: os empregos e a fonte produtiva fatalmente deixariam de existir, cessando também o pagamento de tributos e dos créditos inadimplidos, de modo possivelmente pior do que na falência.

É preciso que a recuperação da empresa seja total ou não será mais do que a postergação da falência. E, nesse aspecto, ainda é problemática a legislação brasileira. Represamento de tributos correntes, problemáticas garantias bancárias extraconcursais, interrupção de contratos de fornecimento, dificuldades de obtenção de crédito após a apresentação do pedido de recuperação judicial, inexistência de meios adequados ao tratamento do passivo fiscal, todos esses são entraves existentes para a eficiência do processo recuperacional no Brasil[14]. Alguns, aliás, estão presentes desde o início da vigência da Lei nº. 11.101/2005 e permanecem sem solução até os dias atuais.

Em tentativa de corrigir tais inconsistências do procedimento reorganizacional, tramita, no Congresso Nacional, desde 2005, o Projeto de Lei nº. 6.229/2005, sob a relatoria do Deputado Hugo Leal. O projeto ganhou relevância em 2019, pois aglutinou todos os demais projetos de reforma da Lei de Recuperação de Empresas em trâmite no Congresso, conforme parecer da relatoria de 27 de Novembro de 2019.

Com efeito, o PL nº. 6.229/2005 é hoje a principal opção legislativa para reforma da Lei nº. 11.101/2005 e deve merecer a maior atenção de legisladores e operadores do direito.

O vertente artigo terá por objeto uma das reformas propostas no PL nº. 6.229/2005, concernente ao tratamento do passivo fiscal das empresas em crise. Essa reforma, especificamente, não altera a Lei nº. 11.101/2005, mas a legislação correlata: a Lei nº. 10.522/2002, na qual constam, atualmente, as ferramentas existentes – embora absolutamente inefetivas – do sistema de insolvência brasileiro para tratamento do passivo fiscal empresarial.

Trata-se de questão de primeira relevância, tendo em vista que a Lei nº. 11.101/2005, em seu art. 57 – herança deixada pelo antigo art. 174 do Decreto-Lei nº. 7.661/1945 – exige a regularidade fiscal como requisito para concessão da recuperação judicial. Dispositivo que é objeto de fortes críticas da doutrina[15] e tem sido reconhecido como de eficácia contida até que a legislação forneça meio

14 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Necessária Reforma da Lei de Recuperação de Empresas. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 171-175. São Paulo: AASP, out./2016.

15. A crítica Ives Gandra Martins e Marilene Martins Rodrigues resume o cenário de não acolhimento do dispositivo "(...) se a recuperação judicial teve por objetivo amparar as empresas em dificuldades, para que continuassem produtivas, assegurando empregos e recolhimento de tributos, tal exigência de certidões negativas é incompatível com a finalidade da norma legal." (MARTINS; Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Certidões Negativas e Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Certidões Negativas e Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 431)

adequado de equalização do passivo fiscal às empresas em crise[16].

É, ademais, uma discussão que se impõe no atual cenário da insolvência no Brasil, maturada após quinze anos da vigência da LRE. Os entraves e a falta de instrumentos adequados ao tratamento do passivo fiscal estão presentes na imensa maioria dos casos de recuperação judicial no país desde 2005 e, ao que se vê, a solução adotada foi a de ignorar o problema. Solução que não resolve a situação fiscal debilitada das empresas em crise e, por consequência, nega vigência ao princípio da preservação da empresa: que não é preservação a todo custo e menos ainda preservação parcial.

Resultado disso é que a empresa em crise é considerada saneada após os dois primeiros anos de cumprimento das obrigações constantes do plano de recuperação judicial, com a sentença de extinção do processo recuperacional, nos termos do art. 63 da LRE. Apesar disso – e do pretenso selo de saneamento atribuído à empresa – permanecem as dificuldades para pagamento dos tributos correntes e, pior, um passivo fiscal muitas vezes impagável, acumulado ao longo da crise e não tratado.

O preceito de preservação da empresa que deve orientar o processo de recuperação judicial exige efetividade, isto é, compreensão global das causas da crise econômico-financeira e tratamento adequado através da reestruturação operacional, administrativa e/ou financeira do negócio. Não há, pois, como conferir efetividade à preservação da empresa olvidando o seu custo tributário, que – regra geral – compõe cerca de um terço do total de custos e despesas na formação do

16 Em comentário de 2007, ainda no início da vigência da LRE, observou Manoel Justino Bezerra Filho: "As primeiras decisões relativas ao art. 57 já apontam no esperado sentido da criação de uma jurisprudência que atenue o rigor da Lei e torne viável sua aplicação. Tais decisões acabaram concedendo a recuperação, independentemente do cumprimento do art. 57, sob os mais diversos fundamentos. Entendeu-se que, já que as execuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial (§7 do art. 6º), a própria Lei dispensa a prova de quitação do tributo. Também foi entendido que o inciso II do art. 52, ao dispensar a apresentação de certidões negativas para que o devedor em recuperação exerça suas atividades, especialmente permitiu a recuperação com débitos tributários em aberto. Entendeu-se também que o art. 57 não estabelece qualquer sanção para o caso de não apresentação de certidão negativa, de tal forma que não há como exigir tais certidões." (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156.). Na atualidade, mesmo após a reforma da Lei Federal nº. 10.220/2002, em 2014, com a inclusão de parcelamento especialmente destinado às empresas em crise, não se alterou o cenário descrito por Justino em 2007, conforme anotam Tellechea, Scalzilli e Spinelli: "Em nosso sentir, como o legislador ainda não atendeu materialmente ao comando do CTN (art. 155-A, §3º) e da LREF (arts. 6º, §7º, e 68) no sentido de positivar um parcelamento especial favorecido dos débitos tributários, permanece inviável (*i*) a exigência de certidão negativa tributária para a concessão da recuperação judicial (feita pelo art. 57 da LREF)e (*ii*) a expropriação de bem essencial à atividade empresarial em execução fiscal durante o procedimento da recuperação judicial." (TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Recuperação de Empresas e Falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3ª Ed. São Paulo: Almedina, 2018, p.381-383).

resultado empresarial[17]. Noutras palavras, recuperar a empresa ignorando o desacerto tributário de sua operação e o represamento de passivos que esse desacerto já gerou é afirmar que se evitou o naufrágio do barco tapando com farinha alguns dos buracos que acometiam o casco. Em ambos os casos, a "maquilagem" pode servir ao discurso, mas não funciona na prática: a empresa tende a vegetar até a definitiva e inexorável quebra, tanto quanto o barco está determinado a afundar algumas milhas adiante.

1. A VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.101/2005, A REFORMA DO CTN EM 2005 E O DIREITO EXPECTATIVO DAS EMPRESAS EM CRISE AO PARCELAMENTO FISCAL

No mesmo dia 9 de fevereiro de 2005 em que foi publicada a Lei nº. 11.101/2005, o Presidente da República sancionou e fez publicar também a Lei Complementar nº. 118/2005, a qual alterou o Código Tributário Nacional, para nele incluir, dentre outros, os §§3º e 4º[18] no art. 155-A e o art. 191-A[19].

O *caput* do mencionado art. 155-A – vigente desde a reforma de 2001, com a Lei Complementar nº. 104/2001 – albergava norma geral[20] sobre os parcelamentos tributários, prescrevendo balizas para sua concessão, à semelhança das regras já existentes para a moratória na redação original do Código Tributário Nacional.

17 BRASIL. **Estimativa da Carga Tributária Bruta no Brasil - 2019**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::P9_ID_PUBLICACAO:32076#:~:text=Em%202019%2C%20a%20carga%20tribut%C3%A1ria,02%20pontos%20percentuais%20do%20PIB.>.

18 Art. 155-A do CTN: O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica; §3º: Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial; §4º: A inexistência da lei específica a que se refere o § 3o deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

19 Art. 191-A do CTN: A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.

20 Cf. art. 1º do CTN e art. 146 da CRFB. As normas gerais de direito tributário são regras de estrutura, as meta-regras do sistema, relacionadas às capacidades impositivas dos entes federados e à conformação do sistema fiscal, com a definição das espécies tributárias, seus fatos geradores, bases de cálculo, contribuintes, obrigação tributária, procedimento de lançamento, entre outros. Com efeito, é preciso que sejam disciplinados por norma geral – que exige forma de lei complementar – a forma e os limites de concessão do parcelamento fiscal. Eventuais tratamentos diferenciados, mais ou menos benéficos conferidos a determinadas empresas – seja porque enquadradas no regime das ME e EPP da Lei Complementar nº. 123/2006, seja porque contempladas na hipótese recuperacional da LRE – devem ser previamente estipulados por regra geral de direito tributário. A esse respeito, é ímpar a análise de Paulo de Barros Carvalho: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 357-524.

Por força do art. 155-A, os parcelamentos de créditos fiscais somente podem se operar por permissão de lei específica, em que sejam fixadas a forma e as condições da benesse. Embora fosse despiciendo, o seu §1º dispõe ainda sobre os juros e multas tributárias que não se excluem automaticamente por efeito do parcelamento, salvo disposição legal expressa em sentido diverso.

A reforma operada pela LC nº. 118/2005 não é um exemplo de coincidência legislativa. Foi um passo coordenado, para a reforma concomitante dos sistemas tributário e empresarial.

Com a reforma do subsistema de insolvência efetivada pela Lei nº. 11.101/2005 era necessário conferir roupagem tributária ao novo instituto da recuperação judicial e, para isso, serviu a LC nº. 118/2005[21].

De fato, serviu, mas não bastou.

Os §§3º e 4º adicionados ao art. 155-A do CTN contêm diretriz geral sobre parcelamentos fiscais a serem concedidos a empresas em recuperação judicial. Primeiro, estabelece-se a necessidade de lei específica para concessão da medida; segundo, manda-se aplicar as regras de parcelamentos ordinários aos devedores em crise, nos casos em que não houver norma especial especificamente destinada às empresas em processo de reestruturação.

O esforço da Lei encontra justificativa no art. 191-A, também incluído pela reforma de 2005. Esse dispositivo é paralelo ao art. 57[22] da Lei nº 11.101 e informa a impossibilidade de concessão da recuperação judicial às empresas que não apresentem prova de quitação ou suspensão de exigibilidade de tributos. Suspensão de exigibilidade que – na prática tributária – é normalmente obtida através do parcelamento fiscal[23], com consequente emissão para o devedor de certidão positiva de débitos fiscais com efeitos de negativa[24].

O que se fez foi uma reedição, na novel legislação, do criticado art. 174 do Decreto-Lei 7.661/1945[25], que impunha o dever de comprovação de regularidade fiscal por parte do concordatário, como requisito para concessão da concordata

21 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Apresentação de CND e o Parcelamento de Débitos Fiscais. In. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez Anos da Lei nº. 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 438-450.

22 Art. 57: Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

23 Cf. CTN, art. 151, VI.

24 Cf. CTN, art. 206.

25 Art. 174. Entregue o relatório do comissário (art. 169, n° X), o escrivão, dentro de vinte e quatro horas: I - se o devedor não tiver exibido, até então, prova do pagamento dos impostos relativos à profissão, federais, estaduais e municipais, e das contribuições devidas ao Instituto ou Caixa de Aposentadoria e Pensões do ramo de indústria ou comércio a que pertencer, fará os autos conclusos ao juiz para que êste, com observância do parágrafo 1° do art. 162 decrete a falência.

preventiva sob pena de decretação da falência. Norma que não produzia relevante efeito prático no sistema anterior, haja vista a manobra que passou a ser adotada de maneira contumaz pelos devedores de desistir da concordata antes da apreciação do pedido concessivo pelo juízo, como forma de evitar a quebra[26].

Sem embargo, há uma boa razão para a existência da disposição legal. A arrecadação tributária serve ao custeio da coisa pública e, em última medida, é sustentáculo financeiro dos direitos fundamentais[27]. A propósito, José Casalta Nabais – catedrático da Universidade de Coimbra – defende que o estatuto constitucional do indivíduo, em que se perfilham os direitos fundamentais, tem sua existência condicionada à realização dos chamados deveres fundamentais a que estão obrigados os indivíduos de uma mesma comunidade, com vistas à manutenção da estrutura estatal garantidora daqueles direitos. Os deveres fundamentais exprimem, na acepção coimbrã, o custo dos direitos fundamentais, razão pela qual se poderia falar em um dever fundamental de pagar tributos[28].

Saindo da perspectiva constitucional, a exigência de regularidade fiscal estampada no art. 57 da LRE e espelhada no art. 191-A do CTN é também justificada, porque a compreensão holística da situação patrimonial e operacional do devedor é requisito para efetividade da recuperação judicial, com a superação da crise e preservação categórica da empresa. Não se pode olvidar que o custo tributário de uma empresa no Brasil é de aproximadamente 33%[29], o que já o faz protagonista em qualquer demonstração contábil de apuração do resultado operacional do negócio. Tratar parcialmente o problema – como, aliás, fazia o velho instituto da concordata – inviabiliza a oferta de soluções viáveis e, com isso, apenas posterga a falência que, nesse cenário de postergação forçada, é ainda mais gravosa para os credores.

Consoante destacado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "a superação da crise implica considerar o patrimônio do devedor como um todo,

26 A observação prática é pertinentemente apontada por Paulo Penalva em estudo histórico da evolução do tratamento das dívidas tributárias no âmbito dos procedimentos falimentares, em que demonstra que as disposições normativas pertinentes à matéria sempre estiveram associadas à ineficácia ou à inefetividade. (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**: teoria e prática. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 284-287).

27 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. Nova York: W.M. Norton, 1999, *passim*. No mesmo sentido, defende o José Casalta Nabais, catedrático de direito fiscal da Universidade de Coimbra, em artigo publicado no Brasil (NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Brasília, vol. 1, 2001)

28 NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, *passim*.

29 BRASIL. **Estimativa da Carga Tributária Bruta no Brasil - 2019**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076#:~:text=Em%202019%2C%20a%20carga%20tribut%C3%A1ria,02%20pontos%20percentuais%20do%20PIB.> Acesso em 03.Jul.2020.

sem exclusão de nenhum débito"[30]. Se a Fazenda Pública não pode integrar o concurso[31], é preciso, ao menos, fornecer mecanismos paralelos e concomitantes ao processo recuperacional capazes de sanear a empresa também sob o aspecto fiscal. Do contrário: o uso do instituto recuperacional da Lei nº. 11.101/2005 corre o risco de descampar para obtenção de finalidades diversas das albergadas no art. 47 da Lei.

O inadimplemento dos tributos correntes é o primeiro sintoma da crise financeira nas empresas, mesmo porque é a despesa cujo represamento gera menor impacto na operação do negócio. Comparativamente, cortes de despesas com fornecedores ou trabalhadores têm muito maior potencial lesivo e podem, inclusive, inviabilizar a continuidade das atividades da empresa. O pagamento intempestivo de tributos gera, quando muito, processo de cobrança anos mais tarde. Logo, sob a lógica financeira que deve orientar a condução do negócio é razoável presumir – e a realidade empírica atesta – que a crise da empresa impacta, primeiro, na insolvência fiscal[32].

O tratamento do passivo fiscal é tema que tradicionalmente se mantém apartado da legislação sobre insolvência no Brasil. Há muito se discute, entretanto, formas de conciliar os objetivos e regramentos de ambos os sistemas. E os dispositivos do art. 57, na Lei nº. 11.101/2005, e do art. 191-A, no CTN, têm essa finalidade.

O entendimento da importância do saneamento fiscal para a superação da crise empresarial, entretanto, não torna os aludidos dispositivos indenes de críticas. Há, ao menos, duas a pôr em xeque a exigência de regularidade fiscal da forma que neles se estabeleceu. A primeira decorre do momento em que é feita a exigência, isto é, o momento de homologação do plano de recuperação judicial

30 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Necessária Reforma da Lei de Recuperação de Empresas. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 171-175. São Paulo: AASP, out./2016, p. 173-174.

31 Cf. CTN, art. 187. No Brasil, há expressa vedação legal e longeva resistência em tratar-se o crédito público de maneira equipotente aos demais créditos particulares havidos contra o devedor insolvente, em especial no debate a respeito dos procedimentos concursais. A resistência é costumeiramente justificada em lugares comuns, tais quais a indisponibilidade do interesse público, incolumidade do crédito público, entre outros. Esse afastamento cria a falsa impressão de proteção do crédito tributário conforme já aduziu Fábio Konder Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 418-431). Em posição oposta a que vem sendo adotada no Brasil, os ordenamentos jurídicos de proa no tratamento da insolvência empresarial tem avançado no tratamento do crédito público, com vistas a inclui-lo no regime geral dos credores, conservando prerrogativas compatíveis com a efetividade do processo recuperacional. Melhor exemplo disso é a França e seu recém reformado *droit des entreprises en difficultés* (Lei nº. 845/2005), cujo art. L626-6 expressamente inclui no processo recuperacional os créditos tributários (*Dans ce cadre, les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise*.).

32 COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Recuperação Judicial x Regularidade Fiscal. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 140-152. São Paulo: AASP, out./2016.

aprovado pelos credores e concessão da recuperação judicial ao devedor. Por certo, é desajustada a exigência nesse tempo.

O momento da concessão da recuperação judicial encerra a fase deliberativa da recuperação judicial e inaugura a fase executória, em que se dará o pagamento dos credores, na forma estabelecida e contratada no plano. Como, então, pode-se exigir que a devedora apresente prova de quitação ou parcelamento dos débitos fiscais, se nem mesmo foi autorizado o cumprimento do plano, com o início do pagamento aos credores trabalhistas?

É preciso que o saneamento fiscal ocorra em paralelo ao tratamento do passivo privado da empresa em crise. Mas exigir que uma das contas do passivo seja antecipadamente equalizada, novamente, não contribui para a superação da crise empresarial e pode, incluso, acarretar lesão aos demais credores, em decorrência do desfalque do caixa do devedor para atender ao Fisco já no início – ou mesmo antes – da fase executória do plano, quando a empresa apresenta maior fragilidade financeira e menor capacidade de geração de caixa. Aliás, é de se rememorar que, no geral, carências médias de 12 a 18 meses são aplicadas aos créditos com garantia real (classe II) e quirografários (classe III)[33], justamente para evitar o desfalque no delicado início da fase executória.

A segunda crítica que deve ser feita aos dispositivos do art. 57 da Lei nº. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN é um tanto mais ampla e já foi bastante retratada na jurisprudência. É que o legislador, ao exigir a regularidade fiscal em ambos os dispositivos, fê-lo para estimular, legitimamente, a reestruturação global da empresa em crise. No entanto, o ordenamento apenas fornece meio para equalização do passivo privado dessas empresas. Quanto ao passivo tributário, inexiste norma específica que discipline o realinhamento da dívida, tampouco permissivo que confira ao devedor em dificuldade a oportunidade de sanear o seu passivo com a Fazenda Pública.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que o §3º do art. 155-A do CTN contém "promessa normativa", por meio da qual o legislador se comprometeu a formular lei específica franqueando às empresas em crise mecanismo de readequação do passivo fiscal, através de parcelamento tributário exclusivamente destinado ao devedor em recuperação judicial e que atentasse às peculiaridades dessa condição[34].

33 De acordo com dados obtidos pelo Observatório de Insolvência da PUC/SP, os índices de recorrência da aplicação de períodos de carência nos planos de recuperação judicial em processos recuperacionais no TJSP é superior a 90%. (WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em < https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf> Acesso em: 02.Jul.2020).

34 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Apresentação de CND e o Parcelamento de Débitos Fiscais. In. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez Anos da Lei nº. 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 438-450.

A pedra de toque está na compreensão das razões que motivaram o legislador a inserir no art. 155-A o tal §3º, aduzindo especificamente a parcelamentos fiscais para empresas em recuperação judicial. Isso porque não há relevante distinção entre os significados das normas entabuladas no *caput* e no §3º do Art. 155-A. Em ambos os casos, dispõe-se que lei específica regrará o parcelamento. No §3º incluído pela reforma de 2005, todavia, acrescentou-se a expressa referência ao devedor em recuperação judicial. Ao fazê-lo, a legislação destaca esse específico universo de empresas, que partilham de uma mesma situação jurídica excepcional, do universo de sujeitos que poderiam ser destinatários da norma de parcelamento.

O destaque feito ao devedor em recuperação judicial é o reconhecimento, na legislação tributária, das particularidades envolvidas na situação jurídica desse devedor, ante a incidência das normas protetivas da Lei nº. 11.101/2005. E esse marco distintivo das situações jurídicas orienta a necessidade de norma especial – presumivelmente mais benéfica – para sanear o endividamento tributário da empresa em crise.

O caso é de direito expectativo do devedor em recuperação judicial ao parcelamento ordinário especificamente destinado à sua situação jurídica, que há de ser editado pelo legislador em cada âmbito federativo[35].

A propósito, Pontes de Miranda distingue a mera expectativa do direito expectativo. No primeiro caso, alude-se

> Quando falo de expectativa (pura), estou necessariamente aludindo à posição de alguém em que se perfizeram elementos do suporte fático, de que sairá fato jurídico, produtor de direitos e outros efeitos, porém ainda não todos os elementos do suporte fático: a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático não há.[36]

Diversamente, no caso dos direitos expectativos, o suporte fático já resta preenchido, mas "depende de elemento em que não entra a vontade do titular"[37]. É momento anterior ao direito adquirido, porquanto "algo falta para que outro

35 Em sentido contrário, entendendo existir propriamente direito subjetivo ao parcelamento titularizado pelo devedor em recuperação judicial, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Apresentação de CND e o Parcelamento de Débitos Fiscais. In. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez Anos da Lei nº. 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 438-450); Paulo Penalva (SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**: teoria e prática. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 285-291).

36 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo V – Parte Geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 291.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo V – Parte Geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 285.

direito, de que ele é direito prévio, exsurja"[38]. No primeiro caso, não há efeito jurídico, por falta de algum elemento no suporte fático. No segundo caso, há efeitos jurídicos, embora ainda limitados por ausência do preenchimento de um outro suporte fático conexo.

Destarte, não se pode falar, ainda, em direito subjetivo ao parcelamento, porque são as normas específicas de cada ente da federação que deverão estabelecer o "suporte fático conexo", isto é, as regras específicas do parcelamento em cada nível. Mas a norma do §3º do Art. 155-A estabelece uma expectativa normativa concretamente endereçada aos devedores em recuperação judicial. E essa expectativa é direito – direito expectativo –, portanto, produz efeitos e deve ser preservada[39].

Até que esse direito expectativo transmude-se em direito subjetivo, a partir da edição das normas específicas "prometidas" pela reforma de 2005, a solução adotada pelos tribunais foi a limitação da eficácia do art. 57 da Lei nº. 11.101/2005. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão foi pacificada a partir do precedente firmado no Recurso Especial de nº. 1.187.404/MT[40], de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. Entendeu-se ali que o dispositivo do art. 57 da LRE é de eficácia contida e a plena fluência de seus efeitos depende da oferta de parcelamento específico, nos termos do que fora entabulado no art. 155-A, §3º, do CTN, pela LC nº. 118.

A solução dada não é de todo ruim, desde que compreendida sua transitoriedade. Quer-se dizer com isso que não se pode fazer uso da solução paliativa indistintamente, ignorando a necessidade de tratamento do passivo fiscal para realização do escopo de preservação da empresa. Caso contrário, estar-se-á a recuperar empresas pela metade, num efeito maquilante que somente posterga a falência. E a falência postergada artificialmente custa mais ao mercado, porque gera custos de transação para os credores, adia a reinserção dos ativos do devedor no mercado, em estrutura operacionalmente viável, e provoca o que a doutrina norte-americana nomina *moral hazard problem*, a partir do qual o devedor passa a "jogar" com a

38 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo V – Parte Geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 286.

39 Na lição do jurista alagoano: "A eficácia do direito expectativo é anterior e inconfundível com a do direito expectado. (...) O que maliciosamente dificulta ou impossibilita a prestação, que é objeto de direito, a formar-se ou expectado, responde como se êsse direito já tivesse nascido" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo V – Parte Geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 287-288)

40 "O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação." (REsp 1187404/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)

empresa, adotando comportamentos dotados de riscos atipicamente excessivos, com o objetivo de sair da crise empresarial a qualquer custo, o que, não raro, implica a lesão a direitos de credores[41].

2. A LEI FEDERAL Nº. 10.522/2002 E AS TENTATIVAS DE REFORMA

2.1. CONTEXTO ORIGINAL DA LEI FEDERAL Nº. 10.522/2002 E CRÍTICA AO DESCOMPASSO NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

A Lei Federal nº. 10.522/2002, objeto da conversão da Medida Provisória nº. 2.176/2001, tem por declarado objeto regulatório dispor "sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (Cadin)". Não é uma lei de regularização tributária, tampouco foi debatida com propósito paralelo à reforma do sistema falimentar. Sem embargo disso, inseriu-se, no art. 10 da Lei, um permissivo genérico de parcelamento ordinário de débitos com a Fazenda Nacional.

O parcelamento ali previsto – ainda vigente – é endereçado a qualquer devedor de tributos federais e feito a critério da Fazenda Pública. Limitou-se, todavia, a 60 meses o prazo da benesse, ao longo dos quais o saldo devedor seria corrigido pela taxa SELIC adida de juros de 1% ao mês, condição sabidamente gravosa, em especial, para o tempo em que a Lei nº. 10.522/2002 entrou em vigor, quando a taxa referencial da SELIC oscilava em torno do patamar de 20% ao ano.

Por um conjunto de fatores, a medida legislativa não produziu efeitos concretos. O primeiro deles decorre, naturalmente, dos parâmetros financeiros rigidamente fixados na Lei, que eram incompatíveis com condições de mercado[42]. Ademais, o Brasil já convivia, naquele tempo, com os parcelamentos extraordinários – REFIS em 2000, PAES em 2003, PAEX em 2006 e similares mais recentes

41 Neste sentido: STIGLITZ, J. E. Some Aspects of Pure Theory of Corporate Finance: bankruptcies and take-overs. **Bell Jornal of Economy**. Nº. 3, 1972, p. 458-482.; e JENSEN, M. e MECLING, W. Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs, and capital structure. **Jornal of Financial Economy**. Nº. 3, 1976, p. 305-360.

42 Embora seja notória a falta de paralelismo dos parâmetros financeiros fixados pela Lei nº. 10.522/2002 para correção do saldo devedor ao longo do parcelamento ordinário entabulado no art. 10, a percepção da incompatibilidade é clareada pela comparação com os dados obtidos de recente relatório do Observatório de Insolvência da PUC/SP, que identificou a condição médica de renegociação do passivo de empresas em crise, no âmbito de recuperações judiciais. O estudo mostra que as renegociações de créditos quirografários nesse específico âmbito concursal têm estabelecido os seguintes parâmetros: prazo médio de 117 meses; em 91,3% dos casos há carência; em 75,4% dos casos a correção monetária é feita pela TR; a média de juros aplicada é de 1,94% ao ano; e o deságio médio incidente é de 46,43% (WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em < https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf> Acesso em: 02.Jul.2020).

como o PERT e o PROFUT, em 2015 –, cujas condições de parcelamento e realinhamento do passivo fiscal eram significativamente mais benéficas, incluindo a possibilidade de deságio parcial do saldo devedor e prazos de até 240 meses.

Esses fatores tornaram o parcelamento ordinário do art. 10 da Lei nº. 10.522/2002 notoriamente desinteressante sob a perspectiva financeira, desencorajando a adesão por parte dos contribuintes que, de regra, preferiam aguardar a "nova rodada" de parcelamento extraordinário. À vista disso, dizia-se, com razão, que a norma, embora existente, válida e eficaz, não tinha efetividade.

Esse parece ser somente mais um exemplo da produção legislativa descompassada que, há tanto, permeia o sistema jurídico brasileiro. Ao invés de fornecer solução ordinária para o endividamento tributário – notadamente das empresas em crise – prima-se pela criação – politicamente enviesada – de programas de parcelamento extraordinário.

Tais programas de "regularização fiscal" extraordinários, embora gerem aporte de caixa imediato aos cofres públicos, impactam negativamente no recolhimento espontâneo, que é a propensão do contribuinte de pagar atempadamente os tributos devidos[43]. Sob a perspectiva exclusivamente financeira, tem o contribuinte a constatação de que é melhor inadimplir os tributos correntes e oportunamente aderir a um dos parcelamentos extraordinários que são editados periodicamente.

Ademais, a pandemia dos parcelamentos extraordinários é nociva às finanças públicas na ótica de médio e longo prazos. Não apenas porque minora o aduzido índice de recolhimento espontâneo, mas porque já se provou modelo superado para o aumento da arrecadação, consoante demonstra Nelson Leitão Paes:

43 "De modo geral, verifica-se que a oferta de parcelamentos tem sido bem recebida pelos contribuintes, pois o número de inscritos considerando o REFIS e o PAES é superior a 500.000, dos quais apenas 91.480 eram pessoa física optante pelo PAES. Desta constatação surge a questão de que se haveria alguma relação entre a oferta de parcelamentos, e suas condições mais favoráveis, e a decisão de pagar tributos. Prospecta-se se a expectativa de criação futura de novo programa de recuperação de créditos fiscais não levaria as firmas a reduzir o pagamento de tributos hoje, enfraquecendo a boa cultura de pagar tributos espontaneamente no país. (...)Diante de concessões como as da Tabela 5, percebe-se o enfraquecimento na disposição de pagar tributos das firmas, mesmo aquelas não entenvolvidas nos parcelamentos, reduzindo o percentual ótimo para apenas 62%.(...)Verificou-se que a disposição de pagar tributos no Brasil estaria em torno de 2/3 dos valores devidos, e que os parcelamentos concedidos na última década reduziram ainda mais este percentual para algo pouco acima dos 60%, percentual em linha com a literatura que trata de informalidade no Brasil. Por outro lado, a expectativa de oferta de parcelamentos tributários no futuro, bem como as condições em que são colocados, principalmente o número de parcelas e taxa de juros aplicada as parcelas, afetam de forma negativa o recolhimento espontâneo hoje. Este resultado indica que as autoridades devem ser cuidadosas na utilização deste tipo de mecanismo. O argumento de cautela deve ser reforçado pelo fato de tais custos, perda de arrecadação espontânea, não serem percebidos com facilidade, ao contrário do aumento da receita, decorrente dos recebimentos dos parcelamentos. Porém, tais ganhos são em geral temporários e os danos à boa cultura de pagamento de tributos podem ser permanentes." (PAES, Nelson Leitão. O Parcelamento Tributário e Seus Efeitos sobre o Comportamento dos Contribuintes. Brasília: **Revista Economia**, vol. 13, nº. 2, Maio/Agosto 2012, p.345-363).

> No lado das receitas, as simulações sugerem que a arrecadação na presença do parcelamento tributário é sempre inferior àquela que seria obtida se não houvesse parcelamento durante toda a etapa de concessão entre 2000 e 2009. As perdas de arrecadação são bastante substanciais, sendo superiores a 1% do PIB em vários anos. Já o período seguinte, de 2010 a 2023, retrata o momento em que os parcelamentos são pagos, e é quando a arrecadação que inclui os parcelamentos tributários é superior àquela sem parcelamentos por conta dos recolhimentos das parcelas[44].

O desacerto, nesta altura, é sintoma dos problemas que acometem a atividade legiferante no Brasil com relação às normas de direito tributário.

Lello Gangemi, catedrático da Universidade de Nápoles, certa vez nominou de "manicômio tributário" o sistema fiscal italiano. A alcunha fora imputada tendo em vista os efeitos da caótica estruturação normativa do sistema jurídico tributário do país: composto de uma multiplicidade incomensurável de disposições legais, que iam se sub-rogando ao longo do tempo, como resultado de um trabalho de produção massiva e tecnicamente descompassada de novas leis tributárias, engendrado para atender às finalidades – ou desejos arrecadatórios – do Estado[45].

O direito tributário sempre esteve intimamente atrelado à atividade política, sendo corriqueiramente visto como braço das finanças públicas a serviço do interesse fiscal dos cofres públicos. Mesmo porque fora originalmente concebido como espécie de direito subjetivo do Estado, consectário direto da soberania estatal[46]. Isso, por muito tempo, levou a uma produção amontoada e mesmo atécnica de normas no subsistema tributário, que eram inseridas para preencher lacunas, de modo quase sempre paliativo, sem que se perquirisse com profundidade sobre os problemas do sistema, para formular remédio efetivo.

Em alusão ao estudo italiano, Alfredo Augusto Becker, em sua Teoria Geral do Direito Tributário, de 1963, classificou de "manicômio jurídico tributário" o sistema brasileiro, que, de muito semelhante ao italiano, tinha as mesmas vicissitudes[47]. Um sistema formado pelo atropelo de normas e, por isso, marcado pela insegurança jurídica[48].

---

44 PAES, Nelson Leitão. Os Efeitos dos Parcelamentos sobre a Arrecadação Tributária. **Estudos Econômicos**, vol. 44, nº. 2, p. 323-350, São Paulo: USP, 2014, p. 349.

45 GANGEMI, Lello. **Studi in Memoria di Benvenuto Griziotti**. Milão, 1959. p. 127-194.

46 MARTÍNEZ, Pedro Mário Soares. **Direito Fiscal**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 69-79. No mesmo sentido: MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 45-50.

47 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1963. p. 3-6.

48 Na obra Carnaval Tributário, Becker retoma o tema, aduzindo ao que chama de "naufrágio fiscal" brasileiro: "As lei do imposto de renda são alteradas – contínua e mensalmente – por outras leis, decretos-leis, portarias ministeriais, pareceres normativos e outros atos de órgãos governamentais. A pro-

Com a acidez que lhe era peculiar, dizia o professor gaúcho que os "efeitos da demência" atingiam a todos aqueles que operavam o sistema fiscal no Brasil, pois as respostas que os operadores buscavam só mantinham a tradição do paliativo, problema a problema, dia a dia, dando-se "uma solução sem se saber qual era o [real] problema"[49].

O real problema, no caso em análise, para usar a expressão citada, é a falta de mecanismos efetivos para tratamento do passivo tributário nas empresas em crise submetidas ao regime de recuperação judicial.

2.2. A REFORMA DE 2014 E AS TENTATIVAS (FRACASSADAS) DE REFORMA SUBSEQUENTES

Diante dos visíveis problemas de inefetividade, a Lei nº. 10.522/2002 passou por algumas tentativas de reforma ao longo dos últimos anos, em especial após a vigência da LRE, haja vista a eficácia contida do art. 57, a que se aludiu anteriormente.

Em 2014, um desses projetos de reforma conseguiu ser aprovado no Congresso Nacional. Com a edição da Lei nº. 13.043/2014 – originada da conversão da MP nº. 651/2014 – incluiu-se na Lei nº. 10.522/2002 o art. 10-A[50]. O novo dispositivo pretensamente endereçou a problemática da lacuna legislativa que fora identificada pela jurisprudência, quanto a necessidade de edição de lei específica que estabelecesse regra de parcelamento voltada às empresas em recuperação judicial.

A nova norma – ainda vigente – alberga nova espécie de parcelamento ordinário[51], de fato, exclusivamente destinado ao empresário ou sociedade empresária que esteja em recuperação judicial. Nisso, a espécie se diferencia do já comentado art. 10, destinado ao contribuinte em geral e feito a exclusivo critério da Fazenda Nacional.

Em linhas gerais, o permissivo do art. 10-A, considerando as peculiarida-

liferação dessas alterações é tão rápida e contínua que o Governo não se dá mais ao trabalho de consolidar tudo em um novo Regulamento do Imposto de Renda, cuja sigla, hoje, é uma ironia: RIR." *In* BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Editora LEJUS, 2004. p. 17.

49 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1963. p. 7.

50 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: (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

51 A utilização do termos parcelamento ordinário é feita com relação aos arts. 10 e 10-A, pois constituem permissivos legais perenes, em contraposição aos parcelamentos extraordinários (REFIS, PAES, PAEX, PERT, etc.), que surgem por ocasião de leis federais específicas, normalmente atreladas a períodos de crise econômica, e cuja adesão por parte do contribuinte é limitada a determinado período.

des do devedor, amplia o prazo do parcelamento ordinário de 60 para 84 meses, ao longo dos quais estabelece uma regra de amortização progressiva. Mantém, no entanto, os parâmetros de correção monetária e juros moratórios, isto é, SELIC adicionada de 1% ao mês, condição cuja inviabilidade já se demonstrou, quando da análise do art. 10.

Como não poderia deixar de ser, a reforma da Lei nº. 13.043/2014 foi alvo de severas e acertadas críticas[52]. Pretendeu a Fazenda Nacional, através dela, superar o entendimento que havia se estabelecido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da eficácia contida do art. 57 da LRE. Mas a forma adotada não convenceu.

O art. 10-A inserido na Lei nº. 10.522/2002 alberga proposta incompatível com a situação financeira genericamente observável nas empresas em crise que se submetem ao processo de recuperação judicial.

A exigência de desembolso imediato, sem carência, não guarda correspondência com parâmetros aplicáveis aos créditos com garantia real ou quirografários e pesa sobre o caixa do devedor no momento de maior delicadeza, que é o início da fase executória, com os dispêndios programados para pagamento da classe trabalhista ao longo do primeiro ano[53].

A impossibilidade de utilização de prejuízo fiscal para abatimento parcial do débito é igualmente problemática, pois já esteve presente em parcelamentos extraordinários, mas foi propositadamente afastada no caso das empresas em recuperação judicial, que poderiam se beneficiar, em boa medida, do instituto.

Não bastasse isso, a modelagem financeira de amortização prevista no art. 10-A exige que, ao final do segundo ano, o devedor tenha pago 19,992% da dívida parcelada, ignorando a baixa capacidade de geração de caixa no período inicial de execução do plano de recuperação. A comparação com o modelo de amortização

52 Jorge Lobo, em comentário a LRE, faz referência à crítica Edmilson Wirthmann e Fernanca Toniato, que parece acertada: "Comparados os últimos programas de parcelamento extraordinários, vemos que a nova regra para as empresas em recuperação conseguiu ser mais severa que os mesmos. O Refis da Crise (ou Refis IV), por exemplo, permitia o parcelamento dos débitos federais em até 180 (cento e oitenta) meses; o Paex (Refis III) previa o pagamento em até 130 (cento e trinta) parcelas; já o PEP, do Estado de São Paulo, permitiu o parcelamento dos débitos de ICM e ICMS em até 120 (cento e vinte) meses, sem a exigência de qualquer pagamento inicial.(...) Antes que os fiscalistas mais exaltados invoquem a máxima de que o Fisco sempre terá o "dever" de buscar 100% do que for devido pela empresa em recuperação, ressaltamos: num passado não muito distante, parcelamentos extraordinários considerando volume faturado foram aplicados. Esse modelo, mesmo longe da perfeição, importaria em solução "contemplável" em planos de recuperação e, portanto, muito mais efetivo." (WIRTHMANN, Edmilson; TONIATO, Fernanda M. apud ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 272) No mesmo sentido, BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Procedimento da Recuperação Judicial: exame dos dispositivos dos arts. 55 a 69. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232-236.

53 Cf. LRE, art. 54.

do PERT (2017), no qual o devedor deve pagar apenas 10,800% até o final do segundo ano, demonstra a imprestabilidade do que é proposto na atual redação da Lei nº. 10.522/2002.

Quanto ao prazo, os 84 meses previstos no art. 10-A são substancialmente mais enxutos que a média estabelecida nos planos de recuperação judicial, de aproximadamente 120 meses. O que se agrava pela comparação com prazos de parcelamentos extraordinários, como o REFIS, PAES e PAEX que continham prazos de até 120 meses; o PERT, com até 180 meses; e o PROFUT, com até 240 meses para quitação do passivo.

A reforma operada pela Lei nº. 13.043/2014 na Lei nº. 10.522/2002 inseriu, ainda, a inconstitucional exigência de que o parcelamento arregimentasse a integralidade dos débitos tributários do devedor requerente, ainda que fossem objeto de discussão administrativa ou judicial, impondo o gravoso dever de desistência por parte do contribuinte dos litígios contra a Fazenda Pública que visassem discutir qualquer crédito incluído no parcelamento[54].

Diante de tantas e tamanhas inconsistências, o art. 10-A da Lei nº. 10.522/2002 recebeu o pior castigo: a inefetividade. Não se presta a utilização, na prática, pelos devedores em processo de reestruturação, porque a condição é proibitiva, nem tampouco atingiu a finalidade perseguida pela Fazenda Nacional de superar o óbice eficacial imposto ao art. 57 da LRE.

A Segunda Seção do Superior Tribunal Justiça, mesmo após a reforma de 2014, com suposta criação legislativa de parcelamento específico para empresas em recuperação judicial, manteve o entendimento anteriormente firmado – originário do precedente REsp. nº. 1.187.404/MT – afastando a obrigatoriedade de comprovação da regularidade fiscal como requisito para concessão da recuperação judicial[55-56]

54 No dizer do professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "o devedor vê-se forçado, portanto, a abrir mão da defesa de seu direito para fazer jus ao parcelamento. Este, por isso, não tem natureza de acordo negociado entre as partes, mas de condenação de uma delas – sem observância de contraditório – com o pagamento diferido no tempo. (...) É como se o legislador lhe dissesse: assine aqui e cale-se para sempre, se quiser parcelar suas dívidas." (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Apresentação de CND e o Parcelamento de Débitos Fiscais. In. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez Anos da Lei nº. 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 442-443).

55 AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI N. 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.3. A Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47. 4. No caso concreto, a edição da Lei n. 13.043/2014 - que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial - não descaracteriza o conflito de competência.

56 É pacífico o entendimento da Segunda Seção a respeito da eficácia contida do art. 57 da LRE, mesmo após a reforma na Lei nº. 10.522/2002 operada pela Lei nº. 13.043/2014, com inclusão do art. 10-A especificamente destinado aos devedores em recuperação judicial. Entretanto, em 2015, quando do julgamento do Recurso Especial nº. 1.512.118/SP, a Primeira Seção do STJ inaugurou posição divergente na

A posição da Corte foi ratificada, recentemente, quando do julgamento do REsp. nº. 1.864.625/SP, em 23 de junho de 2020. Na ocasião, entendeu a Terceira Turma que a exigência legal estabelecida no art. 57 da LRE deve ser interpretada à luz da proporcionalidade, a fim de evitar-se antinomia interna, com minoração da eficácia do preceito recuperacional contido no art. 47 do mesmo diploma legal.

Com efeito, firmou-se, no aludido precedente, o entendimento de que a exigência de comprovação de regularidade fiscal do devedor como requisito para concessão da recuperação judicial "não se mostra adequada para o fim por ela objetivado – garantir o adimplemento do crédito tributário –, tampouco se afigura necessária para o alcance dessa finalidade: (i) inadequada porque, ao impedir a concessão da recuperação judicial do devedor em situação fiscal irregular, acaba impondo uma dificuldade ainda maior ao Fisco, à vista da classificação do crédito tributário, na hipótese de falência, em terceiro lugar na ordem de preferências; (ii) desnecessária porque os meios de cobrança das dívidas de natureza fiscal não se suspendem com o deferimento do pedido de soerguimento".

Vale salientar que – após a percepção de inexequibilidade do modelo de parcelamento do art. 10-A na Lei 10.522, inclusive pela reação do Poder Judiciário – foram intentadas duas novas reformas. A primeira veio com a Lei 13.097/2015[57], objeto de conversão da MP nº. 656/2014. A segunda, com a Lei nº. 13.137/2015[58], objeto de conversão da MP nº. 668/2015.

Em ambos os casos, a condição era deveras mais positiva do que a verificada atualmente na Lei nº. 10.522/2002, pois continham parâmetros adequados

Corte Superior, ao entender que, nos casos em que concedida a recuperação judicial sem comprovação de regularidade fiscal pelo contribuinte, deixaria de ser competente o juízo recuperacional para processar atos constritivos do patrimônio do devedor, haja vista que, após a reforma operada pela Lei nº. 13.043/2014, a eficácia do art. 57 da LRE seria plena e deveria ser observada a exigência ali prevista para concessão da medida recuperatória. Diante da divergência entre as Seções, o tema foi afetado à sistemática dos recursos repetitivos (tema de nº. 987) e aguarda definição no Tribunal.

57 A proposta da Lei 13.097 modificava o Art. 10-A da Lei nº. 10.522/2002. Aumentava-se para 180 meses o prazo do parcelamento ordinário franqueado às empresas em recuperação judicial, com carência de 12 meses antes do primeiro desembolso e diminuição das taxas de amortização até o terceiro ano do parcelamento – 0,4% ao mês, em oposição à taxa de 0,666% atualmente vigente. A proposta acarretava numa amortização média de apenas 4,4% do passivo nos dois primeiros anos (considerada a carência), sendo, por isso, muito mais adequada a situação operacional e financeira a empresa em crise no início da fase executória do plano de recuperação. Desconsiderado período de carência, a amortização total projetada para o final das primeiras 24 parcelas seria de 9,6%, compatível, portanto, com a modelagem adotada pelo PERT (Lei nº. 13.496/2017). Por derradeiro, a norma vetada ainda possibilitava ao contribuinte a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL para quitação antecipada dos débitos parcelados.

58 A proposta da Lei 13.137 modificava o Art. 10-A da Lei nº. 10.522/2002. Aumentava-se para 120 meses o prazo do parcelamento ordinário franqueado às empresas em recuperação judicial. Não trouxe previsão de carência, mas reduziu as taxas de amortização ao longo dos dois primeiros anos do parcelamento de 0,666% para 0,5% ao mês, atentando a necessidade de suavizar a pressão sobre o caixa das empresas em crise no início da fase executória da recuperação judicial. Por derradeiro, a norma vetada ainda possibilitava ao contribuinte a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL para quitação antecipada dos débitos parcelados.

à realidade da empresa em crise, compatíveis com as condições de mercado para renegociações do tipo. Nada obstante, ambas as tentativas foram vetadas pela Presidente da República, sob fundamentos absolutamente incompatíveis com a percepção do sistema de insolvência brasileiro[59].

3. INOVAÇÕES NO TRATAMENTO DO PASSIVO FISCAL PROPOSTAS NO PROJETO DE LEI Nº. 6229/2005

3.1. A JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA NO PL Nº. 10.220/2018

O PL 6.229/2005 encarta quatro novas possibilidades de solução do passivo fiscal para empresas em crise. Modifica o atual art. 10-A da Lei nº. 10.522/2002 e inclui, em sucessivo, os arts. 10-B e 10-C. Em boa medida, essas proposições já constavam do PL nº. 10.220/2018, mas foram incorporadas ao PL nº. 6.229/2005, tal qual ocorreu com as demais propostas de reforma do sistema de insolvência, por ocasião do parecer do Dep. Hugo Leal, de 27 de novembro de 2019.

As premissas que motivam a legislação projetada restaram expressas na Justificativa aposta ao PL nº. 10.220/2018. Nesse documento, o projetista reconhece a necessidade de melhorar o formato do parcelamento previsto na Lei nº. 10.522/2002, pois – mesmo após a reforma de 2014 – a modalidade assentada no art. 10-A, destinada a empresas em recuperação judicial, "costuma ser comparado com parcelamentos especiais, sofrendo, por essa razão, diversas críticas"[60]. Ou seja, admite-se a inefetividade do parcelamento atualmente existente, decorrente de defeitos cognoscíveis por mera comparação da Lei nº. 10.522 com qualquer outra legislação de parcelamento extraordinário.

59 Por absoluta ironia, o veto presidencial fundamentou-se no princípio da isonomia, para afastar norma mais benéfica a empresas em situação de insolvência. O erro presidencial foi grosseiro. Nesse sentido, Mario Luiz Oliveira da Costa, tratando especificamente dos vetos presidenciais às Leis nº. 13.097/2015 e 13.173/2015, demonstra a manifesta falta de razoabilidade da censura As duas legislações continham normas que visavam facilitar o adimplemento das obrigações fiscais por aqueles que se encontrem em crise econômico-financeira, com vistas a preservação da atividade econômica. "Trata-se apenas de melhor calibrar o tratamento desigual já caracterizado no insuficiente prazo adicional de dois anos autorizado na Lei nº. 10.522/2002/2002 na redação da Lei nº. 13.043/2014/2014". (COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Recuperação Judicial x Regularidade Fiscal. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 140-152. São Paulo: AASP, out./2016).

60 "A Lei nº 13.043/2014, ao inserir o art. 10-A na Lei nº 10.522/2002, instituiu o parcelamento específico para devedores em recuperação judicial, prometido pelo Código Tributário Nacional e pela Lei nº 11.101/2005. Todavia, tal parcelamento, embora ordinário, por ter como destinatários devedores em recuperação judicial, costuma ser comparado com parcelamentos especiais, sofrendo, por essa razão, diversas críticas, sobretudo quanto ao número de parcelas (grande parte dos planos de recuperação judicial e dos parcelamentos especiais prevê prazo total igual ou superior a 10 anos), ausência de descontos e a exigência de inclusão da totalidade dos débitos (exceto os já incluídos em outros parcelamentos), com exigência de desistência/renúncia a eventual discussão administrativa ou judicial." (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 10.220/2018**. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>).

Noutra ótica, a Justificativa do Projeto também atenta para a necessidade de proteger a Fazenda Pública nesse tipo de acordo com o particular, medida que é de bom alvitre, considerando a relação historicamente imbrincada dos processos falimentares com a fraude[61], o que deve ser coibido preventivamente pelo próprio sistema normativo da insolvência[62]. Pretende-se, nesse esteio, agregar novas "contrapartidas para proteção da Fazenda Nacional"[63], notadamente relacionadas à legitimidade para atuar ativamente no processo de recuperação judicial, além de penalidades mais gravosas ao descumprimento do "acordo" de parcelamento.

A síntese dessas ponderações e interesses, hoje contida no PL nº. 6.229/2005, é um projeto que avança, de fato, na formatação de uma solução exequível para o passivo fiscal do devedor em recuperação judicial, mas a um elevado custo maquilado de proteção ao erário, como será detalhado adiante.

3.2. AS NOVAS MODALIDADES DE PARCELAMENTO A SEREM INSERIDAS NA LEI Nº. 10.522/2002

Como adiantado, a proposta contida no PL nº. 6.229/2005 para reforma da Lei nº. 10.522 estabelece quatro formas distintas de tratamento do passivo fiscal do devedor em recuperação judicial.

A primeira regra é objeto da proposta de reforma do art. 10-A da Lei nº. 10.522 e é correlata ao parcelamento que existe atualmente na Lei. A legislação projetada prevê, no inciso I, uma ampliação do prazo de 84 para 120 meses, mais compatível com a realidade das empresas em crise, porquanto similar aos diferimentos médios aplicados aos créditos concursais. O fundamento material para essa afirmativa existe e é objeto de levantamento estatístico feito pelo Observatório de Insolvência da PUC/SP, que analisa processos recuperacionais em trâmite no Estado de São Paulo, identificando, dentre outros, padrões nos formatos de realinhamento do passivo. No que se refere especificamente ao prazo de pagamento dos credores concursais, o estudo do Observatório aponta para uma média de 9,82

61 Discorrendo acerca dos procedimentos revocatórios no Decreto-Lei .661/1945, Pontes de Miranda chama atenção para a relação da fraude com a insolvência: "pode ocorrer – e não raro ocorre – que, ao caracterizar-se a crise do devedor, procure êle desviar algo do patrimônio para si, ou para a família, ou satisfazer credores mais aperfeiçoados, ou a quem reconheça dever maiores obséquios ou atenções. Ainda quando há razões morais para isso, os seus atos põem em xeque o princípio do *par conditio creditorum*." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXVIII – Parte especial – Direito das obrigações: falência, caracterização da falência e decretação da falência, efeitos jurídicos decretação da falência, declaração de ineficácia relativa de atos do falido, ação revocatória falencial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 362). No mesmo sentido, o já referido no item 1 deste artigo Trajano de Miranda Valverde (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 20).

62 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 301.

63 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 10.220/2018**. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>.

anos (aproximadamente 117 meses)[64].

Agrega-se à ampliação temporal uma minoração das taxas de amortização nos primeiros anos. No primeiro ano, é de 0,5% ao mês; no segundo, de 0,6% ao mês; passando a 0,904% ao mês do terceiro ao décimo ano. A proposta é ligeiramente melhor do que se tem atualmente, mas a ausência de carência, cumulada ao desembolso aproximado de 13,200% de todo o passivo fiscal – em geral bastante elevado nas empresas em recuperação judicial – pode tornar a condição iníqua.

No comparativo do gráfico abaixo, a partir das projeções dos modelos de amortização do passivo do PERT (Lei nº. 13.496/2017) e da vetada Lei nº. 13.097/2015, percebe-se que o modelo proposto ainda é deficiente e exige demasiado do caixa da empresa em crise, logo quando não deveria fazê-lo, no início do cumprimento do plano.

A inclinação das curvas no gráfico, indicativa da taxa de amortização, demonstra a extrema acidez do modelo atual, cuja inviabilidade é dado da realidade posto e notório. Por outro lado, na comparação com os modelos propostos nos parcelamentos extraordinários, o gráfico demonstra a defasagem do modelo proposto, especialmente até o vigésimo quarto mês do parcelamento. Para esse tão delicado período, o projetista estabelece condição muito semelhante a que já está posta, cuja inefetividade é manifesta. E anda ainda pior por fazê-lo dessa maneira, mesmo diante de modelagens mais eficientes que já foram traçadas em legislações recentes de parcelamentos extraordinários.

A segunda regra proposta consta do inciso II do art. 10-A. Nesse caso, tem-se parcelamento ordinário semelhante ao vigente. O prazo é idêntico: de 84 meses. Os coeficientes de amortização, todavia, apresentam breve redução, sendo de 0,5% ao mês, no primeiro ano; 0,6% ao mês, no segundo ano; e 0,947% ao mês do terceiro ao sétimo ano.

A grande novidade, nesta altura, é possibilidade conferida ao contribuinte de liquidar até 30% do passivo fiscal com créditos oriundos de prejuízo fiscal, de base de cálculo negativa de CSLL ou, ainda, com créditos de tributos federais. Mantendo-se a linha da correlação com o regime aplicável aos créditos particulares, a norma introduzida guarda bem-vinda semelhança com as antecipações via "leilão-reverso" que tem sido utilizadas para *haircut* indireto pelos devedores, já no âmbito da fase executória da recuperação judicial.

A terceira regra proposta no PL nº. 6.229/2005 é substanciada no art. 10-B que se pretende inserir na Lei nº. 10.522. Essa específica modalidade é lateral e

64 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em < https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf> Acesso em: 02.Jul.2020.

diz respeito apenas aos créditos tributários sujeitos à retenção na fonte. Isto é, aos tributos de que o devedor não é sujeito passivo, mas sim responsável tributário, situação em que faz a retenção "na fonte" e se obriga a repassar o quantum retido ao erário. Realizar a retenção e olvidar do repasse é conduta ilícita extremamente gravosa, pois configura apropriação indébita pelo responsável tributário. Nesse cenário, anda bem o projetista ao estabelecer condição especialmente mais rigorosa para a quitação desses débitos. Prevê-se parcelamento em até 12 meses, com taxas de amortização de progressivas no período.

Para os três casos mencionados, os parcelamentos são necessariamente a parâmetros de correção monetária e juros moratórios incompatíveis com a realidade de mercado. O art. 13 da Lei nº. 10.522 manda aplicar, ao longo de todo o parcelamento, a taxa SELIC como fator de correção monetária, além de juros de mora 1% ao mês. Por evidente, a condição é incompatível com o tratamento mais benéfico que se exige ao tratamento do devedor em recuperação judicial. Para efeito da comparação que vem sendo feita ao longo de todo este trabalho, dados do Observatório da Insolvência da PUC/SP apontam para a utilização da TR na expressiva maioria dos casos de recuperação judicial no Estado de São Paulo (75,4% em oposição a 2,8% que utilizam a SELIC), ao passo que a média de juros moratórios previstas nos planos é de 1,94% ao ano, substancialmente menos impactante que os juros mensais de 1% pretendidos pelo Fisco[65].

A quarta e última modalidade de tratamento do passivo fiscal entabulada no PL nº. 6.229/2005 é novidadeira. Não estava presente no PL nº. 10.220/2018, tendo sido incluída no texto consolidado pelo parecer do Dep. Hugo Leal, no final de 2019.

Trata-se da hipótese contida no art. 10-C. O dispositivo projetado em questão franqueia ao contribuinte em recuperação judicial a possibilidade de formatar, diretamente junto à Fazenda Nacional, um plano de saneamento do seu passivo fiscal, através de negócio jurídico típico[66]: a transação fiscal.

A modalidade do art. 10-C é alternativa em relação às previstas no art. 10-A – parcelamento ordinário com ou sem aproveitamento de créditos. Diferentemente do que se vislumbra nos clássicos permissivos da Lei nº. 10.522/2002, a transação fiscal inova positivamente, estabelecendo um importante marco negocial entre o Fisco e o devedor em crise econômico-financeira. O papel da legislação – no caso do art. 10-C – é fixar as balizas para a negociação, mesmo porque há interesse público envolvido no negócio jurídico. Essas balizas, de fato, estão

65 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em < https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf> Acesso em: 02.Jul.2020.

66 Cf. Lei nº. 13.988/2020, objeto de conversão da MP nº. 899/2019 e Portaria nº. 11.956 da Procuradoria da Geral da Fazenda Nacional.

postas no PL nº. 6.229/2005, de que se destaca a limitação ao prazo máximo de 120 meses e o limite máximo de 70% para deságios, incluindo-se, nos parece, o valor total do débito transacionado, adido de multas e juros já vencidos.

Outras limitações e orientações para a realização da transação fiscal estão inseridos em normativos esparsos. Dois merecem especial atenção: a Lei nº. 13.988/2020 – objeto de conversão da MP nº. 899/2019 – e a Portaria nº. 11.956 da PGFN.

A transação fiscal, é dito no art. 1º da Lei nº. 13.988, é resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública. Mas é mais do que isso: a figura é mesmo de negócio jurídico típico – assemelhado mais à confissão de dívida com promessa de pagamento – firmado entre o contribuinte e a Fazenda Nacional, mediante permissão legal prévia que excepciona a regra de indisponibilidade do crédito tributário frente à situação jurídica peculiar do devedor insolvente, cujo saneamento fiscal é objeto do contrato.

A citada Lei nº. 13.988 informa, no art. 2º, duas modalidades de transação: por adesão ou por proposta individual.

Em ambos os casos, insiste-se, é contratual a relação porque o regramento concreto da situação jurídica decorre da manifestação de vontade de ambos os lados – público e privado – para modificação da relação jurídica preexistente, a fim de conformá-la noutro arranjo, o arranjo que querem as partes, limitado somente pela vontade expressada e pelas balizas legais atinentes à espécie contratual em evidência[67]. Está-se diante de relação contratual anômala, todavia, porquanto limitada a liberdade de agir pela lei e pela estreita margem de disponibilidade do interesse público que é conferida no caso[68].

A transação adesiva é típico contrato regulamentado, no qual se faz desnecessária a negociação preliminar, porquanto pré-fixadas as condições. No dizer de Orlando Gomes, "o contrato é, assim, regulamentado no seu conjunto (...).

67 "Todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções. Essa projeção eficacial do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado, ou extinto, - parecendo-se com a projeção eficacial das leis no tempo, porém sem que se possa tirar dessa parença qualquer assimilação, mesmo ainda identificação.(...) Chama-se princípio da liberdade de contratar o de poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, à líbito, das cláusulas contratuais. (...) O direito longe está (e sempre longe estêve) de adotar êsses princípios como absolutos: sofrem êles, e sempre sofreram, limitações. A própria existência de tipos de negócios jurídicos limita-os. Limita-os, também, a natureza cogente (ius cogens) de certas regras." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo III – Parte geral: negócios jurídicos, representação, conteúdo forma, prova. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3-64).

68 Orlando Gomes descreve como anômalas as relações contratuais patrimoniais em que, a despeito da possibilidade, capacidade mútua e licitude para contratar, há limitação da liberdade de agir dos sujeitos contratantes. Os contratos anômalos seriam de quatro espécies: coativos, necessários, autorizados e regulamentados. (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 288-295)

Quem quer que deseja contratar sabe de antemão que somente poderá fazê-lo nas condições previstas em regulamento a cujas normas também está adstrita a outra parte"[69].

A transação propositiva, ao lado, é contrato autorizado. Exige prévia permissão legal – que está dada na Lei nº. 13.988 – e ratificação superveniente por Procurador da Fazenda de maior nível hierárquico atuante na jurisdição do domicílio do devedor[70].

Na primeira modalidade, ao contribuinte é dado apenas aderir a proposta de transação posta à mesa pelo Fisco e endereçada a qualquer devedor tributário.

Não se olvide que o mecanismo pode ser objeto de eficiente política pública, caso sejam disponibilizadas propostas perenes de transação, afastando-se da problemática estrada de parcelamentos extraordinários que vem sendo percorrida no Brasil, ao longo das últimas décadas. Essas propostas, repita-se perenes, poderiam ser adequadas pelo Estado, de tempos em tempos, diante de modificações conjunturais no cenário econômico nacional ou global que assim o exigem, tendo por finalidade evitar o superendividamento empresarial.

No segundo modelo de transação contido no art. 2º da Lei 13.988, a relação se inverte: cabe ao contribuinte propor a Fazenda uma forma de realinhamento da dívida. A proposta deve ser apresentada à Procuradoria da Fazenda Nacional do domicílio do devedor, com exposição concreta da sua situação patrimonial e das razões da crise econômico-financeira. Deve-se apresentar, ainda, um plano de amortização do passivo fiscal, acompanhado de documentos comprobatórios da situação operacional, patrimonial e indicativo da possibilidade de recuperação da atividade empresarial do devedor, elementos que subsidiarão a análise do Fisco quanto à aceitação ou não da proposta apresentada pelo devedor, à semelhança do que ocorre com o juízo privado de cada credor sobre o plano de recuperação judicial, quando da realização da assembleia-geral de credores.

Vale destacar, por fim, a descrição dos documentos exigidos para instrução da proposta de transação fiscal, inserta no art. 36 da Portaria nº. 11.956 da PGFN. A toda evidência, tem-se ali relação decalcada da redação do art. 51 da LRE, que estabelece os documentos necessários à instrução do pedido de recuperação judicial[71]. Com efeito, vê-se avanço substancial na medida, haja vista que aproxima, em definitivo, o tratamento do passivo fiscal do devedor em crise do processo de insolvência.

69 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 294-295.

70 Portaria nº. 11.956 da PGFN, art. 39.

71 Ao que parece, o propósito da transação fiscal é, de fato, a "recuperação fiscal" do devedor. Isto é ratificado pelo caráter negocial do instituto e pelo formato adotado na lei e atos normativos da PGFN, que conduzem o instituto de maneira similar a que se verifica com relação ao pedido de recuperação judicial na Lei nº. 11.101/2005.

4. OS PROBLEMAS DA LEGISLAÇÃO PROPOSTA PARA ALÉM DAS MODALIDADES DE TRATAMENTO DO PASSIVO FISCAL

No intuito de conferir maiores "contrapartidas para proteção da Fazenda Nacional", consoante destacado na Justificativa do PL nº. 10.220/2018, a legislação projetada no PL nº. 6.229/2005 elenca, nos quatorze parágrafos do art. 10-A espécie de "regulamento" a que estão sujeitas todas as modalidades de tratamento do passivo fiscal previstas na Lei nº. 10.522/2002.

Em parte, o Projeto mantém, nesse campo, as normas de constitucionalidade duvidosa que já haviam sido inseridas quando da reforma de 2014 – engendrada pela Lei n°. 13.043 –, mas também adiciona novos elementos, cuja permanência no Projeto pode condenar a nova reforma ao mesmo destino de inefetividade de que padeceu a anterior.

Os destaques devem ser feitos com relação aos parágrafos 3º (exigência de inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento), 4º (exigência de que o contribuinte desista de discussões administrativas ou judiciais a respeito dos débitos parcelados); 5º (termo de compromisso); 8º e 9º (causas e consequências da exclusão do parcelamento).

O §3º do art. 10-A do Projeto mantém a já problemática exigência de inclusão da totalidade dos débitos vencidos do contribuinte no parcelamento. A exceção é feita somente às dívidas que já sejam objeto de outros parcelamentos ou de discussão judicial pendente, sendo que, nessa última hipótese, exige-se a prestação de garantia idônea, cuja excussão não poderá ser obstada por qualquer efeito da recuperação judicial.

A exigência não é, de todo, ruim ou despropositada. É natural que uma solução que pretenda resolver a insolvência fiscal da empresa abarque a integralidade das dívidas. Lógica semelhante é defendida, por exemplo, quando se propõe a inclusão de todos os credores da recuperanda no concurso recuperacional, tal qual faz Paulo Fernando Campos Salles de Toledo ao aduzir que "superação da crise implica considerar o patrimônio do devedor como um todo sem exclusão de nenhum débito"[72]. Guardadas as proporcionalidades devidas, a superação da crise fiscal depende do rearranjo global do passivo tributário do devedor.

O problema se instala com relação à obrigatoriedade de inclusão no parcelamento dos débitos em discussão judicial ou administrativa. Ainda mais quando, no §4º do art. 10-A, a Lei Projetada exige que o devedor desista de toda discussão porventura pendente, renunciando a qualquer direito pudesse ter. Tem-se aí o despropósito, pois o Estado utiliza da liturgia legal para embutir comando abusivo, forçando – para não dizer coagindo – o contribuinte a determinado caminho.

72 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Necessária Reforma da Lei de Recuperação de Empresas. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 171-175. São Paulo: AASP, out./2016.

Não há qualquer relação necessária entre o parcelamento dos débitos vencidos, inscritos em dívida ativa, e a necessária inclusão daqueles cuja constituição é, ainda, objeto de discussão administrativa ou judicial. Deve-se parcelar aquilo que já foi objeto de constituição definitiva, deixando fluir a discussão quanto aos demais, seja na esfera administrativa ou judicial. Após a perfectibilização do crédito, com o encerramento da discussão, nada obsta que o crédito seja incluído, *a posteriori*, no parcelamento vigente ou mesmo num outro acordo de parcelamento, paralelo ao primeiro, fato que é permitido – a nosso ver – pelo inciso I, do §3º, do art. 10-A.

Ademais, impor ao contribuinte que desista de procedimentos fiscais em curso, renunciando a quaisquer direitos de impugnar a constituição de determinados créditos tributários, como faz o §4º do art. 10-A, além de flagrantemente inconstitucional, por atentar contra o princípio da inafastabilidade da jurisdição[73], tende a impor condição faticamente proibitiva, vez que – não raro – autuações fiscais flagrantemente impróprias e vultosas compõem o passivo fiscal de empresas em crise, juntamente com tributos corretamente lançados, porém inadimplidos em função da crise. O que disse Paulo Fernando Campos Salles de Toledo com relação à inclusão do dispositivo na Lei nº. 10.522/2002, quando da reforma de 2014, continua atual: "é como se o legislador lhe dissesse assine aqui e cale-se para sempre se quiser parcelar suas dívidas"[74].

O §5º, do art. 10-A do Projeto estabelece um termo de compromisso que deve ser firmado pelo devedor em recuperação judicial, no ato de adesão ao parcelamento fiscal. Trata-se de verdadeiro contrato anexo ao parcelamento, forçosamente imposto ao contribuinte.

Há, ali, disposições de avanço legislativo, a exemplo da exigência de fornecimento de dados financeiros e operacionais à Receita Federal, com vistas a permitir o monitoramento da situação de caixa e patrimonial do devedor. Não dista, aliás, do acompanhamento que é feito e publicizado mensalmente pelo administrador judicial ao longo da recuperação judicial. A ferramenta é adequada ao regimento de reestruturação adotado no sistema de insolvência brasileiro, no qual a empresa permanece sob a gestão dos mesmos administradores que nela atuavam antes da recuperação judicial, mas, agora, sob fiscalização externa constante.

O dever de manter regularidade fiscal com relação aos tributos futuros é também positivo. A legislação norte-americana já o faz, conforme *Section 1112* do

73 Cf. CRFB, art. 5, XXXV.

74 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Apresentação de CND e o Parcelamento de Débitos Fiscais. In. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez Anos da Lei nº. 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 438-450.

US Bankruptcy Code[75-76]. Não há sentido em tapar um buraco antigo com a areia que é retirada cavando-se um novo logo a frente. Se a Lei nº. 10.522 pretende sanear o passivo fiscal do devedor em crise, deve estimular a manutenção da regularidade fiscal prospectiva.

Questionável, entretanto, a disposição do inciso II, do §5º, do art. 10-A. Pela redação posta, o Projetista confunde os procedimentos de recuperação judicial e de saneamento fiscal. Exige-se ali que os bens do devedor alienados no âmbito da recuperação judicial tenham parte do produto da arrecadação destinado à amortização do passivo fiscal, sob pena de ser reputado como ato de esvaziamento patrimonial, ensejando a rescisão do parcelamento.

A exigência é gravosa e despropositada. Se o Fisco não é parte – e nega-se a fazer parte – do processo recuperacional, não é possível destinar-lhe o produto da venda de bens do ativo do devedor, regularmente realizada no processo de recuperação. A alienação de ativos é meio de recuperação previsto na LRE e, desde que prevista no plano e autorizada pelos credores, quando da aprovação do plano em assembleia, pode ser realizada pelo devedor. O produto da venda de qualquer ativo, nesse âmbito, deve ser agregado ao caixa da empresa, para que possa ser utilizado na efetiva recuperação do negócio, seja através da realização de investimento, seja, quando muito, no pagamento de credores submetidos ao concurso recuperacional, os quais oportunamente deliberaram sobre a medida.

Os §8º e 9º, por derradeiro, trazem causas e consequências da exclusão do contribuinte do parcelamento. Chama atenção a exclusão por "esvaziamento patrimonial" pelas razões já comentadas. Agregue-se a isso a imensa vagueza da expressão, sujeita a desmandos hermenêuticos perigosos, em especial diante da frágil situação econômico-financeira do devedor em recuperação judicial: contexto que certamente agravará a já pandêmica quantidade de conflitos de competência entre juízos federais e recuperacionais que chegam ao Superior Tribunal de Justiça.

---

75 Section 1112 – Conversion or dismissal (1) Except as provided in paragraph (2) and subsection (c), on request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court shall convert a case under this chapter to a case under chapter 7 or dismiss a case under this chapter, whichever is in the best interests of creditors and the estate, for cause unless the court determines that the appointment under section 1104(a) of a trustee or an examiner is in the best interests of creditors and the estate. (4) For purposes of this subsection, the term "cause" includes— (…) (I) failure timely to pay taxes owed after the date of the order for relief or to file tax returns due after the date of the order for relief;

76 O Bankruptcy Tax Guide do Internal Revenue Service, órgão do Departamento de Tesouro dos Estados Unidos da América também esclarece a necessidade de manter-se regularidade fiscal ao longo do procedimento de reestruturação da empresa em crise que opta pelo Chapter 11: "Tax Returns Due After the Bankruptcy Filing: For debtors filing bankruptcy under all chapters (chapters 7, 11, 12, or 13), the Bankruptcy Code provides that if the debtor does not file a tax return that becomes due after the commencement of the bankruptcy case, or obtain an extension for filing the return before the due date, the taxing authority may request that the bankruptcy court either dismiss the case or convert the case to a case under another chapter of the Bankruptcy Code. If the debtor does not file the required return or obtain an extension within 90 days after the request is made, the bankruptcy court must dismiss or convert the case."

Outrossim, a discutível legitimação da Fazenda Pública para atuar nos processos de insolvência, requerendo a convolação da recuperação judicial em falência nos casos de rescisão do parcelamento fiscal é medida preocupante, posto que não há previsão análoga na Lei nº. 11.101/2005, tampouco tem sentido de ser no sistema de insolvência conferir-se tal poder à Fazenda, já que os âmbitos de atuação são diversos por expressa opção legislativa, encartada no art. 187 do CTN, ao dizer-se que "a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento"[77].

Antes de pôr em marcha qualquer reforma tendente a alterar dois importantes sub-sistemas do direito brasileiro – o de insolvência e o tributário – é preciso refletir sobre o papel que se quer conferir aos sujeitos de direito, inclusive à Fazenda Pública, em ambos os sub-sistemas. Essa é a premissa inescapável que há de ser assentada aprioristicamente, para que as reformas não se façam em regime reativo, isto é, em função de correções pontuais de problemas havidos na práxis de aplicação do sistema pelos operadores do direito. Se assim não for, a solução legislativa apresentada não passará de mero paliativo – cego com relação aos reais problemas do sistema e ineficaz na propositura de melhorias efetivas –, mantendo-se o tragicômico carnaval normativo na tradição legislativa brasileira.

CONCLUSÃO

A despeito do avanço substancial do PL nº. 6.229/2005 com relação ao tratamento do passivo fiscal das empresas em crise, especialmente no que se refere ao contrato de transação fiscal facultado como alternativa ao parcelamento pelo art. 10-C do Projeto, remanescem ainda problemas. Alguns, o são por mantença de questionáveis dispositivos inseridos quando da reforma de 2014 na Lei n°. 10.522. Outros – a maioria – são novidadeiros e advêm da intenção do legislador de criar "contrapartidas para proteção da Fazenda Nacional".

Todavia, diante das condições postas na Lei Projetada, é certo que o saneamento do passivo fiscal do devedor pode ser obstado pelo receio do próprio devedor. Isso porque a aderência a qualquer dos modelos de solução da crise fiscal implicam a hipertrofia de poderes da Fazenda Pública não somente na relação com o particular, mas, especialmente, no seio do processo de recuperação judicial, em

77 Nesse sentido, importante a lição de Rubens Requião: "De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a decretação da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. À Fazenda Pública falece, ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência do seu devedor." (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p.93-94).

que poderá agir legitimamente o Fisco – legitimado, aliás, por acordo com o devedor –, inclusive para postular a convolação ou decretação da falência.

O custo dos erros, nesse caso, pode significar a manutenção do *status quo*. Isto é, situação em que se ignoram os problemas fiscais da empresa em crise, para saneá-la apenas parcialmente, com relação aos seus credores privados, represando ou mesmo desconhecendo a força normativa do art. 57 da LRE, para efeito de inexigir-se regularidade fiscal do devedor como requisito para a concessão da recuperação judicial.

É preciso, destarte, maturar a legislação proposta, aliando-se o justo intento de proteção da Fazenda, com a distribuição eficiente de forças no processo de insolvência. Do contrário, a tendência é que a legislação "produzida", seja jurisprudencialmente "reeditada", tal qual ocorreu com a versão inicial da Lei nº. 11.101/2005, o que deve ser evitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Editora LEJUS, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1963.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Procedimento da Recuperação Judicial: exame dos dispositivos dos arts. 55 a 69. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 6.229/2005**. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>.

BRASIL. **Estimativa da Carga Tributária Bruta no Brasil - 2019**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.

gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076#:~:text=Em%202019%2C%20a%20carga%20tribut%C3%A1ria,02%20pontos%20percentuais%20do%20PIB.>.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X., **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VII, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos. 1954.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações**: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Recuperação Judicial x Regularidade Fiscal. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 140-152. São Paulo: AASP, out./2016.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Sales, Oliveira, Rocha & Cia., 1927.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Teoria Crítica da Empresa**. 1ª Ed. São Paulo: IASP, 2018.

GANGEMI, Lello. **Studi in Memoria di Benvenuto Griziotti**. Milão, 1959.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação crítica. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. Nova York: W.M. Norton, 1999.

JENSEN, M. e MECLING, W. Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs, and capital structure. **Jornal of Financial Economy**. Nº. 3, 1976.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 25ª Ed. São Pau-

lo: Editora Malheiros, 2004.

MARTÍNEZ, Pedro Mário Soares. **Direito Fiscal**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina. 1998.

MARTINS; Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Certidões Negativas e Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Certidões Negativas e Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A Contribuição Essencial do Direito Comparado para a Formação e o Desenvolvimento do Direito Privado Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, nº. 1.000. São Paulo: RT, fev./2019.

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Brasília, vol. 1, 2001.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

PAES, Nelson Leitão. O Parcelamento Tributário e Seus Efeitos sobre o Comportamento dos Contribuintes. Brasília: **Revista Economia**, vol. 13, nº. 2, Maio/Agosto 2012.

PAES, Nelson Leitão. Os Efeitos dos Parcelamentos sobre a Arrecadação Tributária. **Estudos Econômicos**, vol. 44, nº. 2, p. 323-350, São Paulo: USP, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo V – Parte Geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXVIII – Parte especial – Direito das obrigações: falência, caracterização da falência e decretação da falência, efeitos jurídicos decretação da falência, declaração de ineficácia relativa de atos do falido, ação revocatória falencial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Priva-**

do – Tomo III – Parte geral: negócios jurídicos, representação, conteúdo forma, prova. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**: teoria e prática. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, José Anchieta da. A 'Recuperação Fiscal' na Recuperação Judicial. In. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise**: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latim, 2012.

STIGLITZ, J. E. Some Aspects of Pure Theory of Corporate Finance: bankruptcies and take-overs. **Bell Jornal of Economy**. Nº. 3, 1972.

TABB, Charles Jordan. The History of The Bankruptcy Laws in The United States. **American Bankruptcy Institute Law Review**, vol. 3, p. 5-51, 1995.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do Direito Falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. 1ª Ed. São Paulo: Almedina, 2018.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Recuperação de Empresas e Falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3ª Ed. São Paulo: Almedina, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Apresentação de CND e o Parcelamento de Débitos Fiscais. In. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez Anos da Lei nº. 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Necessária Reforma da Lei de Recuperação de Empresas. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, nº. 131, p. 171-175. São Paulo: AASP, out./2016.

TOTELDO, Paulo Fernando Campos Salles de.; PUGLIESI, Adriana Valéria. Capítulo II: A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em < https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>.

WARREN, Charles. **Bankruptcy in United States History**. Boston: Harvard University Press, 1935.

16

PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: REGIME JURÍDICO E ASPECTOS REGISTRAIS

Vitor Frederico Kümpel
Doutor em Direito pela USP
Juiz de Direito Titular-II da 27ª Vara Cível do Fórum Central de São Paulo-SP
Coordenador da Pós-Graduação em Direito Notarial e Registral da Damásio
Coautor da obra "Tratado Notarial e Registral"

Giselle de Menezes Viana
Bacharela em Direito pela USP

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar o regime jurídico do Patrimônio Rural em Afetação, instituído pela Lei nº 13.986/2020 ("Lei do Agro"), partindo das bases da teoria da afetação e passando pelos aspectos técnicos e procedimentais dessa nova modalidade de patrimônio afetado, com especial enfoque aos aspectos registrais.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Rural em Afetação. Teoria da Afetação. Lei do Agro. Registro de Imóveis.

INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 897, de 1º de outubro de 2019, instituiu o Fundo de Aval Fraterno e, dentre outras providências, dispôs sobre o patrimônio de afetação de propriedades rurais e instituiu a Cédula Imobiliária Rural, provocando mudanças significativas em relação à cédula de crédito.

A citada medida provisória fomentou discussões acirradas sobre o instrumento jurídico que representa o crédito imobiliário, existindo a possibilidade de conferir o bem várias vezes em garantia de créditos diferentes. A problemática impacta o Sistema Imobiliário e deve ser observada com cautela para não prejudicar todo o sistema de garantia real no Brasil.

A Medida Provisória foi convertida na lei nº 13.986, em 7 de abril de 2020 e entrou em vigor na data da sua publicação.

No que diz respeito ao patrimônio de afetação – ao qual a Lei nº 13.986/2020 dedicou todo o seu Capítulo II (arts. 7º ao 16) – ficou estabelecido que o proprietário de imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, poderá submeter seu imóvel rural ou fração dele a este regime. Ou seja, ao proprietário fica reconhecido o direito de constituir a sua propriedade ou parte dela como patrimônio de afetação.

Esse patrimônio de afetação, por sua vez, poderá ser vinculado à chamada Cédula Imobiliária Rural (CIR), disciplinada no Capítulo III da Lei nº 13.986/2020 (arts. 17 ao 29), ou à já conhecida Cédula de Produto Rural (CPR), regulamentada pela Lei nº 8.929/1994.

1. TEORIA DA AFETAÇÃO

O vocábulo patrimônio, em sentido jurídico, denota o "complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente" [1]. Nessa linha pode ser definido como a "universalidade de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, com expressão pecuniária, pertencente à pessoa natural ou jurídica" [2].

De acordo com a teoria da unicidade patrimonial, essa universalidade é única e permanece conectada à pessoa ao longo de toda a sua existência. Essa ideia se articula om o chamado princípio da garantia, segundo o qual o patrimônio do devedor responde como um todo perante seus credores[3].

Por outro lado, a teoria da afetação preconiza justamente a possibilidade de segregação patrimonial ou qualificação de determinado acervo patrimonial por meio da imposição de encargos que vinculam os bens englobados a uma finalidade específica. De acordo com essa teoria, admite-se a existência de múltiplas massas patrimoniais sob titularidade de um mesmo sujeito, constituídas com o fim de proteger um bem socialmente relevante ou viabilizar sua exploração econômica[4].

A afetação, nesse sentido, significa "prender ou ligar um patrimônio a um empreendimento, a uma obrigação, a um compromisso, não se liberando enquanto perdurar a relação criada entre aquele que se obriga e os credores da obrigação"[5].

1 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1, 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, § 67.

2 ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária. **IRIB**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao--imobiliaria> [Acesso: 25.07.2020].

3 ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária. **IRIB**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao--imobiliaria> [Acesso: 25.07.2020].

4 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79.

5 RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 360.

Assim, ela não transfere a outrem o bem do patrimônio do titular, mas apenas o mantém apartado[6], de modo que não se comunique com o restante do patrimônio.

Nessa linha, tem-se que o traço característico do patrimônio de afetação – e o que permite que cumpra sua finalidade social e econômica – é a incomunicabilidade. Por meio desta, os bens afetados ficam a salvo dos eventuais efeitos negativos de negócios estranhos ao objeto da afetação[7].

Note-se que a teoria da afetação não é necessariamente incompatível com a concepção tradicional da unicidade patrimonial, inicialmente mencionada. Isso porque, a despeito da incomunicabilidade gerada pela afetação, esta não implica um desdobramento ou uma divisibilidade do patrimônio geral, que permanece uno[8]. Também não há a formação de uma nova personalidade, como ocorre nas fundações, já que se mantém a "unidade subjetiva das relações jurídicas" [9].

Como leciona Caio Mario, "ainda que se procure destacar mais de um acervo ativo-passivo de valores jurídicos, sempre já de exprimir a noção de patrimônio a ideia de conjunto, de reunião, e esta, segundo a própria razão natural, é uma". Essa unidade, como frisa o autor, não impede que possam coexistir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados[10].

Essas massas patrimoniais, embora incomunicáveis, podem estar inclusive relacionadas por laços de interdependência, até em virtude de pertencerem a um mesmo patrimônio geral. Os limites e a intensidade dessa interdependência serão ditados pela espécie de finalidade para a qual o acervo foi afetado, já que devem ser preservadas as condições necessárias à consecução dessa finalidade[11].

O patrimônio de afetação, em suma, pode ser definido como um regime especial da propriedade, sendo considerado uma garantia em favor dos credores, especialmente dos adquirentes[12]. Sob esse viés, pode-se afirmar que tem natureza

6 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79.

7 CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 7, p. 147-183, abr/jun. 2016.

8 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80.

9 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1, 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. § 67.

10 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1, 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. § 67.

11 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81. RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 372 cita, como exemplo, no caso da incorporação, os demais bens integrantes do patrimônio geral do incorporador também podem responder pelas obrigações assumidas, se o acervo afetado revelar-se insuficiente.

12 RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 360.

jurídica de garantia real[13].

Sob outro viés, partindo da definição jurídica de patrimônio, tem-se que o patrimônio de afetação constitui uma universalidade de direitos e obrigações, vinculada ao cumprimento de uma finalidade específica, para a qual reveste-se de autonomia funcional. É, assim, uma massa de bens que constitui, no bojo de um patrimônio geral, uma universalidade de direito, dotada de autonomia funcional[14].

2. O REGIME DE AFETAÇÃO DA LEI Nº 13.986/2020

O regime de afetação do patrimônio rural foi instituído pela MP 897/2019[15], convertida na Lei nº 13.986/2020, estando atualmente disciplinado entre os arts. 7º e 16 da última. Essa novidade se insere no conjunto de mecanismos criados pelos referidos diplomas com o objetivo de fomentar o agronegócio[16]. Buscou-se, sobretudo, conferir maior segurança às instituições financeiras na concessão de crédito aos produtores rurais, de modo a aumentar o acesso destes a recursos financeiros[17].

Optando o proprietário do imóvel rural por adotar o regime de afetação da Lei nº 13.986/2020, o terreno, as acessões e as benfeitorias fixadas no imóvel – exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes – constituirão patrimônio de afetação, destinado a prestar garantias por meio da emissão de Cédula de Produto Rural (CPR), de que trata a Lei nº 8.929/1994, ou em operações financeiras contratadas pelo proprietário por meio de Cédula Imobiliária Rural (CIR), ambas tratadas mais a frente.

Aqui, importa ressaltar a relação de interdependência estabelecida pelo legislador entre o patrimônio rural em afetação e a CPR e, principalmente, a CIR. De fato, na sistemática inaugurada, a própria incomunicabilidade caraterística dos regimes de afetação em geral, bem como a sua impenhorabilidade, ficam condicionadas e limitadas, no regime da Lei nº 13.986/2020, à vinculação a CIR ou a CPR.

Assim, dispõe o art. 10, *caput,* da Lei nº 13.986/2020 que os bens e os direitos integrantes do patrimônio rural em afetação não se comunicarão com os

13 SANTOS, Flauzilino Araújo dos. ***C*ondomínio e Incorporação no Registro de Imóveis** – *Teoria e Prática.* São Paulo, Mirante, 2012.., p. 274.

14 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 83-84.

15 O instituto foi originalmente disciplinado nos arts. 6º a 13 da referida Medida Provisória.

16 PEREIRA, Lutero de Paiva. **Patrimônio rural em afetação & cédula imobiliária rural**. Release da Obra. Disponível em <https://direitoagrario.com/patrimonio-rural-em-afetacao-cedula-imobiliaria-rural/> [Acesso: 25.07.2020].

17 MALISZEWSKI, Eliza. **Entrevista Dr. Lutero Pereira sobre a Cédula Imobiliária Rural e Seus Riscos ao Produtor**. Foraster. Disponível em <https://www.foraster.com.br/posts/1507/Entrevista+Dr.+Lutero+Pereira+sobre+a+C%C3%A9dula+Imobili%C3%A1ria+Rural+e+Seus+Riscos+ao+Produtor/> [Acesso: 25.07.2020].

demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do proprietário ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos[18], *desde que* tal patrimônio seja vinculado a CIR ou a CPR, e *na medida* das garantias nelas expressadas[19].

Da mesma forma, o art. 10, § 3º, II, dispõe que o patrimônio afetado apenas se torna impenhorável e insuscetível de constrição judicial na medida da garantia vinculada a CIR ou a CPR.

Essa interdependência é reforçada, ainda, pelo disposto no § 1º do mesmo artigo, que impede a constituição de qualquer outra garantia real – além da emissão de CIR ou de CPR – sobre o patrimônio rural em afetação.

No que diz respeito especificamente à CIR, a vinculação é ainda mais forte, já que essa cédula só pode ser emitida com a constituição do patrimônio rural em afetação. Tais institutos, assim, são umbilicalmente ligados[20].

Percebe-se que conceito dado pela Lei nº 13.986/2020 ao patrimônio de afetação muito se assemelha ao empregado pela Lei nº 4.591/1964, ao tratar do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária. Com efeito, ao submeter a incorporação imobiliária ao regime da afetação, o acervo patrimonial que a compõe (o terreno, as acessões e os demais bens e direitos vinculados à incorporação) também fica apartado do patrimônio geral do incorporador, assumindo como destinação exclusiva a construção do empreendimento e a entrega das unidades aos adquirentes[21].

A grande diferença em relação ao patrimônio de afetação da Lei nº 13.986/2020 é, naturalmente, a destinação, sendo o último destinado a prestar garantias por meio da emissão da CPR ou da CIR. Daí se afirmar que, enquanto no patrimônio de afetação da incorporação a finalidade é a proteção dos adquirentes das unidades autônoma, o patrimônio de afetação do imóvel rural serve como uma garantia real.

---

18 Até esse ponto, a regra é idêntica à consignada no art. 31-A, § 1º, da Lei nº 4.591/1964, ao tratar do patrimônio de afetação no âmbito da incorporação imobiliária: "O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva."

19 Art. 10, I e II, da Lei nº 13.986/2020.

20 PEREIRA, Lutero de Paiva. **Patrimônio rural em afetação & cédula imobiliária rural**. Release da Obra. Disponível em <https://direitoagrario.com/patrimonio-rural-em-afetacao-cedula-imobiliaria-rural/> [Acesso: 25.07.2020].

21 Assim, diz o art. 31-A, *caput,* da Lei nº 4.591/1964: "A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes."

3. LIMITES OBJETIVOS

O art. 8º da Lei nº 13.986/2020 previu alguns limites objetivos à possibilidade de constituição de patrimônio de afetação sobre imóveis rurais.

Em primeiro lugar, dispõe que tal regime não poderá incidir sobre imóvel já gravado por ônus real (como hipoteca, alienação fiduciária etc.). Essa restrição se explica pelo próprio objetivo do patrimônio rural em afetação, que é ser uma garantia robusta para a obtenção de financiamentos perante instituições bancárias. Para isso, a lei prevê que o patrimônio afetado – ou a parte vinculada à cédula – poderá ser imediatamente transferido ao credor, na hipótese de inadimplemento da CIR, perante o próprio Registro de Imóveis[22]. Para que esse efeito possa ocorrer, o bem a ser afetado deve estar, naturalmente, livre de outros ônus reais. É nessa linha que o legislador não apenas proibiu a constituição do patrimônio rural em afetação sobre imóvel já gravado, como também vedou a constituição de qualquer garantia real – exceto por emissão de CIR ou de CPR – sobre o patrimônio já afetado[23].

Além dessa primeira restrição, a lei também impede a afetação de imóvel em cuja matrícula tenha sido registrada ou averbada qualquer uma das informações arroladas no art. 54 da Lei nº 13.097/2015. Segundo o dispositivo, os negócios jurídicos vocacionados a constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, caso não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

i. Registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;
ii. Averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, da admissão da execução ou de fase de cumprimento de sentença[24];
iii. Averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e
iv. Averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir

22 Art. 28, *caput*, da Lei nº 13.986/2020.
23 Art. 10, § 1º, da Lei nº 13.986/2020.
24 Note-se que a literalidade do inciso II do art. 54 da Lei nº 13.097/2015 fala em "averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil". Essa redação estava em consonância com o aludido art. 615-A, *caput,* do CPC/1973, segundo o qual poderia o exequente "no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto." Ao tratar do tema, contudo, o atual CPC, no art. 828, *caput,* não fala mais em certidão do ajuizamento da execução, mas em "certidão de que a execução foi admitida pelo juiz".

seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso IV do art. 792 do CPC/2015[25].

Note-se que a referida Lei nº 13.097/2015 atribuiu efeitos substantivos ao descumprimento da obrigação de registrar ou averbar na matrícula imobiliária as constrições judiciais (arresto, sequestro e penhora) e demais atos e decisões que atingem um determinado imóvel (averbação premonitória, indisponibilidade, registro de citação de ação real ou reipersecutória, dentre outras). Vale dizer, a lei expressamente disciplinou os efeitos da falta de inscrição desses títulos e os efeitos processuais derivados do *status* da legitimidade registral[26]. Buscou-se, assim, reforçar o princípio da concentração na matrícula, em prol da publicidade registral imobiliária[27].

É com esse objetivo que dispôs o parágrafo único do art. 54 em comento: "não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel".

A terceira limitação objetiva arrolada pela Lei nº 13.986/2020 se refere à pequena propriedade rural, sobre a qual também não se poderá constituir patrimônio rural em afetação. Essa restrição se explica em vista da constitucionalmente consagrada impenhorabilidade da pequena propriedade rural[28].

Ademais, o patrimônio rural em afetação não pode recair sobre área de tamanho inferior ao módulo rural ou à fração mínima de parcelamento, o que for menor.

Como se sabe, um dos objetivos do módulo rural é justamente estabelecer uma área mínima para o imóvel rural, servindo como um parâmetro de indivisibilidade jurídica. De fato, o módulo rural representa uma medida mínima, abaixo da qual não se pode dividir o imóvel, conforme dispõe o art. 65 do Estatuto da Terra. Com isso, busca-se "evitar a existência de glebas cujo tamanho, em regra, não se ache suscetível de render o suficiente para o progresso econômico-social do agricultor" e, consequentemente, coibir a "proliferação de áreas tidas como antieconômicas para efeito de exploração agropecuária, o que acarreta problemas

25 Trata-se de uma das hipóteses caracterizadoras de fraude à execução.

26 É o que muito bem contempla ANDRIGHI, Nancy; DIP, Ricardo. Apontamentos Acerca dos Registros Públicos – Lei 13.095/2015. In DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio; PASSOS, Josué Modesto (coords.), **Registros Públicos e Notas – Conselho Nacional de Justiça – Atos normativos apontados**. São Paulo: Quinta Editorial, 2015.

27 KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2. São Paulo: YK Editora, 2020. p. 1894.

28 Art. 185, I, da CF/1988.

graves de distorção fundiária"[29]. Nenhuma operação jurídica pode ser realizada ao arrepio dessa limitação: o fracionamento do imóvel, em qualquer modalidade, não pode resultar em frações inferiores a essa medida, sendo inclusive vedada a abertura de matrícula de imóvel rural com área inferior[30].

Além do módulo rural, o legislador concebeu um segundo parâmetro para a indivisibilidade legal do imóvel rural, a saber, Fração Mínima de Parcelamento (FMP). Essa figura foi introduzida pela Lei 5.868/1972, e regulamentada pela Instrução Especial INCRA nº 26/1982, como alternativa ao módulo rural para fins de determinação da área mínima a ser parcelada ou desmembrada. A FMP pode ser definida como a área mínima para cada unidade resultante do desmembramento ou divisão de um imóvel, devendo ser observada inclusive na área remanescente do imóvel originário[31]. Havendo discrepância entre a FMP e o módulo rural, prevalecerá a menor área[32].

Tendo em vista esses conceitos, é coerente a limitação imposta pelo art. 8º da Lei nº 13.986/2020. De fato, se por um lado a lei permite que o proprietário de imóvel rural ofereça somente parte ou fração dele como garantia em operação de crédito formalizada por CIR, por outro não poderia admitir que a parte dada em garantia fosse inferior ao mínimo legal, já que na hipótese de inadimplemento, a propriedade dessa área afetada seria transferida ao credor, ocasionando seu desmembramento e, assim, afrontando as normas de ordem pública mencionadas que impedem o desmembrando de imóvel que resulte em área inferior ao mínimo legal.

Por fim, a Lei nº 13.986/2020 veda a constituição do patrimônio rural em afetação sobre o bem de família de que trata o Código Civil, ou seja, o bem de família voluntário. Lembrando que o referido instituto, disciplinado nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil, destina-se ao abrigo ou proteção familiar, e se origina da manifestação de vontade do instituidor, constante em instrumento público (escritura pública de constituição de bem de família, escritura de doação ou testamento) e registrado no Registro de Imóveis da circunscrição territorial do imóvel[33]. O próprio bem de família voluntário é por si só um bem afetado à proteção familiar.

29 MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 49/52.

30 KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 1. São Paulo: YK Editora, 2020. p. 204.

31 Os critérios para definição da FMP são dados pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 5.868/1972.

32 Determina o *caput* do art. 8º que nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento, prevalecendo a de menor área.

33 KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2. São Paulo: YK Editora, 2020. p. 2780.

Ressalte-se que o bem de família voluntário não se confunde com o bem de família legal, disciplinado pela Lei nº 8.009/1990, e que implica a impenhorabilidade do imóvel residencial do próprio casal, ou da entidade familiar, desde que quitado. Neste caso, a proteção é *ex lege,* ou seja, decorre do próprio ordenamento jurídico, não do registro no fólio real[34].

O bem de família convencional constitui exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial cuja finalidade é assegurar a proteção da entidade familiar e garantir o mínimo existencial, protegendo, assim, a base econômica da família. Por isso, seu conteúdo é mais abrangente que o do bem de família legal, previsto na Lei nº 8.009/19902322. Assim, gera não apenas a impenhorabilidade do bem (art. 1.715 do CC), como também a sua inalienabilidade (art. 1.717 do CC) e a sua afetação especial (art. 1.717 do CC), sendo inclusive regido por regime próprio de administração (art. 1.720 do CC). Seus efeitos protetivos projetam-se, mesmo após a morte do instituidor, enquanto viver um dos cônjuges ou conviventes, ou, na falta destes, enquanto houver filhos menores ou incapazes, ficando impossibilitada, inclusive, a partilha em eventual inventário de um falecido[35].

Fica evidente, assim, que a proteção conferida pelo regime jurídico do bem de família voluntário é incompatível com a sua afetação para fins de constituição da garantia representada pela CIR ou pela CPR. Há de se frisar, contudo, que a Lei nº 13.986/2020, ao prever a impossibilidade de afetação do bem de família voluntário, faz uma ressalva em relação ao disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe: "Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural".

Importa destacar, por fim, a ressalva feita pelo art. 12, § 2º, da Lei nº 13.986/2020, segundo o qual, sendo o patrimônio rural em afetação constituído sobre parte do imóvel rural, a fração não afetada deverá atender a todas as obrigações ambientais previstas em lei.

4. EFEITOS

Embora a constituição do patrimônio de afetação não altere a titularidade do imóvel, impõe restrições à sua disponibilidade pelo proprietário. Primeiramente, não poderá constituir sobre ele nenhuma garantia real, com exceção da própria CIR ou CPR[36]. Além disso, não poderá alienar o imóvel, seja por compra e venda,

34 KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2. São Paulo: YK Editora, 2020. p. 2782.
35 KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2. São Paulo: YK Editora, 2020. p. 2781.
36 Art. 10, § 1º, da Lei nº 1 3.986/2020.

doação, parcelamento, ou qualquer outro ato translativo por iniciativa do proprietário[37].

O patrimônio de afetação vinculado à CIR ou CPR (apenas na medida dessa vinculação) torna-se impenhorável, não se sujeitando a constrição judicial[38]. Ainda, tem-se que não poderá ser utilizado para realizar ou garantir o cumprimento de qualquer outra obrigação assumida pelo proprietário estranha àquela à qual vinculada a CIR ou CPR[39].

A Lei nº 13.986/2020 prossegue afirmando que o patrimônio rural de afetação (ou a fração dele) vinculado a Cédula Imobiliária Rural ou CPR não será atingido pelos efeitos da decretação de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário de imóvel rural[40], nem integrará a massa concursal[41].

Por fim, ressalva que esses atributos do patrimônio de afetação não se aplicam às obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário rural[42].

No que diz respeito ao proprietário, a constituição do patrimônio de afetação não apenas implica limitações, mas também gera deveres. Com efeito, o proprietário ficará obrigado a[43]:

i. promover os atos necessários à administração e à preservação do patrimônio rural de afetação, inclusive por meio da adoção de medidas judiciais; e
ii. manter-se adimplente com as obrigações tributárias e os encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas de sua responsabilidade, incluída a remuneração dos trabalhadores rurais.

5. NATUREZA DO ATO REGISTRAL

A constituição do patrimônio de afetação deve ter respaldo em previsão legal, até porque "relativiza o princípio segundo o qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores e, ainda, o princípio da livre utilização do patrimônio por parte do seu titular."[44]. Por isso mesmo, a afetação não apenas deve estar prevista em lei (o que é um requisito para a sua registrabilidade e consequente produção de efeitos *erga omnes*), como também, em geral, sujeita-se a uma disciplina rígida

37 Art. 10, § 2º, da Lei nº 13.986/2020.
38 Art. 10, § 3º, II, da Lei nº 13.986/2020.
39 Art. 10, § 3º, I, da Lei nº 13.986/2020.
40 Art. 10, § 4º, I, da Lei nº 13.986/2020.
41 Art. 10, § 4º, II, da Lei nº 13.986/2020.
42 Art. 10, § 5º, da Lei nº 13.986/2020.
43 Art. 14 da Lei nº 13.986/2020.
44 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

e minuciosa[45].

Por consequência, a afetação "submete-se às mesmas restrições impostas à alienação de bens, em geral, sendo ineficaz e sem qualquer efeito a separação patrimonial que configure fraude de execução, ou sendo anulável a afetação que vier a ser constituída em fraude contra credores". Por essas mesmas razões, a afetação deve receber ampla publicidade, o que justifica a obrigatoriedade de seu ingresso no registro imobiliário[46].

Questão delicada diz respeito à forma de constituição desse patrimônio de afetação. Segundo a Medida Provisória nº 897/2019, seria constituído "por solicitação do proprietário por meio de inscrição no registro de imóveis"[47]. Contudo, o termo "inscrição" não esclareceu o ato registral que deveria ser praticado, além de afrontar o art. 168 da Lei dos Registros Públicos, que pôs fim à utilização das terminologias "inscrição" e "transcrição", as quais passaram a ser abrangidas pelo termo "registro"[48].

Na sequência, o art. 10 da Medida Provisória mencionou de forma muito sutil que se trataria de um ato de registro ao dispor que "o oficial de registro de imóveis protocolará e autuará a solicitação de *registro* do patrimônio de afetação e os documentos vinculados [....]".

Percebe-se, então, que a Medida Provisória não foi explícita ao determinar a natureza do ato a ser praticado, limitando-se a mencionar de forma superficial, o que abriu margem a divergências.

A conversão da referida MP na Lei nº 13.986/2020, no entanto, pareceu resolver o problema, na medida em que o art. 9º estabeleceu de forma expressa – e enfática – que o ato adequado para a instituição do patrimônio rural em afetação seria o de registro em sentido estrito: "o patrimônio rural em afetação é constituído por solicitação do proprietário por meio de registro no cartório de registro de

45 RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 374.

46 CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

47 Art. 8º da MP nº 897/2019.

48 Às vésperas da edição da Lei 6.015/1973, já se havia sedimentado, na doutrina, a ideia de que a inscrição aplicava-se aos atos geradores de direitos reais limitados (principalmente as garantias reais), ao passo que a transcrição dizia respeito aos atos relativos à transferência do domínio, perda e aquisição, ou ao término do estado de indivisão. Quanto à averbação, restaria como a forma de escrituração reservada a atos ou fatos não enquadrados nas duas categorias principais supracitadas, mas que, não obstante, possam modificar a situação jurídica dos titulares de direito real ou mesmo a própria situação física do imóvel (como a mudança de numeração, a transformação em edifício de apartamento etc.) - M. M. Serpa Lopes, Tratado dos Registros Públicos, vol. IV, 4ª ed, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1961, p.27. Com o advento da Lei nº 6.015/1973, entretanto, tais distinções foram oficialmente superadas. Assim, dispõe o art. 168 da referida lei que "na designação genérica de registro, consideram-se englobadas a inscrição e a transcrição a que se referem as leis civis." Ou seja, deixou de existir qualquer diferenciação entre transcrição e inscrição no que toca aos respectivos objetos ou efeitos. – KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 1. São Paulo: YK Editora, 2020. p. 402.

imóveis".

No entanto, mesmo diante da determinação expressa do art. 9º da Lei nº 13.986/2020, sugiram duas correntes acerca da natureza do ato registral a ser praticado.

A primeira corrente entende que o registro *stricto sensu* não corresponde ao ato correto para a instituição do patrimônio rural de afetação. Em primeiro lugar, porque o rol de atos sujeitos a registro em sentido estrito (art. 167, I, da Lei nº 6.015/1973) é taxativo e *numerus clausus*, e não foi ampliado pela Lei nº 13.986/2020 para acomodar o patrimônio de afetação de imóvel rural.

As leis em geral, normalmente, têm o cuidado de acrescer ao rol do art. 167, I, a natureza "de registro" do ato a ser praticado, como o fez, por exemplo, com a legitimação de posse (Lei nº 11.977/2009) ou com a legitimação fundiária (Lei nº 13.465/2017). Ademais, considera-se que, na dúvida quanto ao ato registral a ser praticado, deverá prevalecer o de "averbação".

Em segundo lugar, por um motivo de ordem material: a constituição desse patrimônio de afetação não importa mutação júri-real plena, na medida em que o patrimônio não é transferido de um titular para outro, mas sim de um titular para um monte com destinação específica. Apenas haverá a transmutação plena da propriedade em caso de inadimplemento, já que nessa ocasião o imóvel será levado a leilão.

No entanto, mostra-se mais adequado o posicionamento da segunda corrente, segundo a qual o ato constitutivo do patrimônio rural em afetação é o ato de "registro" em sentido estrito, em conformidade com a previsão do art. 9º da Lei nº 13.986/2020.

Concorda-se, em primeiro lugar, que o legislador da Lei nº 13.986/2020 deveria, de fato, ter incluído o patrimônio de afetação no rol do art. 167, I, da Lei dos Registros Públicos, o que além de plenamente possível, tendo em vista tratar-se de um rol dinâmico, teria sanado qualquer dúvida acerca da natureza do ato a ser praticado. Contudo, é importante destacar que esse argumento por si só não é suficiente para concluir que o patrimônio de afetação rural deve ser instituído por ato de averbação.

Como se sabe, a regra de solução de antinomias de segundo grau[49] (no caso, conflito entre lei posterior e lei especial) faz prevalecer o critério cronológico sobre o critério da especialidade, de forma que a lei mais nova prevalece sobre

49 Antinomia de segundo grau é o conflito entre os critérios de solução, ou seja, uma norma prevalece sob um determinado critério, mas não em relação a outro – BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. pp. 106-107

a lei especial[50]. Na hipótese, o art. 9º da Lei nº 13.896/2020 prevalece sobre eventual ausência de previsão no inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015/1973.

Nesse mesmo sentido foi a intepretação da natureza jurídica do ato registral das penhoras, arrestos e sequestros, por exemplo, que passou de ato de registro em sentido estrito (conforme previsão expressa do art. 167, I, 5, da LRP) para ato de averbação, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (art. 844). Não obstante o referido Código não ter revogado expressamente a alínea 5 do art. 167, I, da LRP, entendeu-se que suas disposições supervenientes prevaleceram em detrimento da lei especial[51].

Além disso, é importante destacar que o legislador da Lei nº 13.896/2020 foi extremamente técnico ao definir a natureza dos atos registrais elencados na referida legislação, indicando expressamente quais deveriam ser realizados por ato de registro em sentido estrito e quais deveriam ocorrer por averbação. Aliás, a atecnia da Medida Provisória surpreendentemente não acompanhou a lei de conversão.

Por exemplo, o art. 15 da referia Lei determinou que o cancelamento da afetação deve ocorrer por ato de averbação, diferenciando-o do ato de registro indicado para a constituição da garantia. Percebe-se então que, diversamente do que ocorre em algumas legislações, houve uma preocupação com a técnica das terminologias registrais, não sendo possível alegar que a redação teria apenas con-

50 "(...) é o caso da norma geral-posterior (pior sob o critério da especialidade e melhor sob o critério cronológico) conflitando com uma norma especial-anterior (melhor sob o critério da especialidade e pior sob o critério cronológico) 498. Muito embora a doutrina entenda que exista um metacritério e que segundo este prevalece sempre a norma especial-anterior, tal raciocínio conduz ao inconveniente de o sistema ficar estratificado diante da norma nova. Também não parece ser esse o sentido do art. 2º da LINDB, tendo sido literalmente expresso no sentido da lei posterior, tanto geral quanto especial, revogar a lei anterior. O critério da especialidade é meramente subsidiário, só se aplicando nas hipóteses de lacuna. Resta, portanto, evidente a adoção pelo legislador do critério cronológico em conflito com o critério da especialidade, não tendo o menor sentido uma norma nascer revogada, a não ser que fira o critério hierárquico, aí sim, ganhando bastante consistência em nosso sistema jurídico." – KÜMPEL, Vitor Frederico; VIANA, Giselle de Menezes. **Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: YK Editora, 2018. pp. 175-176.

51 Muito embora o Código de Processo Civil de 1973, com a alteração da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2002, tenha modificado o ato de registro de penhora para ato de averbação (659, § 4o), continuou a prevalecer o entendimento, por muito tempo, de que os títulos de arresto e de sequestro deviam ter ingresso na tábula registral imobiliária como ato de registro em sentido estrito, conforme a disposição expressa da Lei dos Registros Públicos (art. 167, I, 5). O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, manteve as disposições acerca do ingresso da penhora como ato de averbação e, de modo expresso, definiu que o arresto também deve adentrar a serventia como averbação. Nos termos no art. 844, o exequente deve requerer a averbação de arresto ou penhora, quando couber, apresentando ao Registro de imóveis a cópia do auto ou do termo da medida, sendo desnecessário mandado judicial. Não obstante tais institutos estarem no rol do inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015/1973 como ato de registro em sentido estrito, adotando-se o critério cronológico das leis (lex posterior derogat priori) pode-se concluir pela alteração tácita da natureza do ato registral. Em outros termos, como o Código de Processo Civil de 2015 é posterior à Lei nº 6.015/1973, prevalece a disposição do direito processual, que estabelece o ingresso do arresto por ato de averbação na matrícula do imóvel. – KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2. São Paulo: YK Editora, 2020. pp. 1891-1892.

fundido os termos.

Deve-se levar em consideração, ainda, que o patrimônio rural em afetação, na verdade, importa uma mutação júri-real, na medida em que a afetação do imóvel gera uma segregação entre o patrimônio do titular e o afetado, logo, deixa de ser o titular originário proprietário do referido imóvel, passando o mesmo a estar sob a titularidade de um fundo, constituindo uma garantia, deixando o vínculo dominial com o titular originário.

O que ocorre, na verdade, é a divisão da mutação em fases. Inicialmente, o bem se separa do patrimônio do titular para ser afetado a uma destinação específica e, finda tal destinação, ele retorna ao patrimônio do titular anterior ou incorpora-se ao de outra pessoa. Assim, não se trata de mera garantia, como ocorre na hipoteca, penhor ou anticrese, sendo que, ainda nesses casos, o ato a ser praticado é de registro, quando se tratar de imóvel (art. 167, I, 2; 167, I, 4; 167, I, 11). Ocorre, por conseguinte, uma verdadeira transmutação do patrimônio, que sai da esfera do titular originário, vincula-se a um fim específico, cumprindo sua destinação, retornando ou não ao patrimônio do titular anterior. E, como é sabido, os atos translativos são essencialmente atos de registro.

Nessa linha de raciocínio, recorda-se que o registro em sentido estrito é o ato que constitui, modifica ou declara determinada posição jurídico-real na matrícula, conferindo-lhe eficácia e publicidade *erga omnes*[52]. Tal assentamento reserva-se, em regra, a atos de oneração ou constituição de direitos reais, abarcando, por extensão, outros atos de natureza diversa, desde que respaldados em expressa previsão legal, tal como ocorre com a previsão do art. 9º da Lei nº 13.896/2020.

Outrossim, o patrimônio rural em afetação se assemelha ao bem de família e à alienação fiduciária em garantia, institutos que constituem direitos, e não apenas modificam a situação do imóvel[53]. Tais institutos, inclusive, são constituí-

52 Nas palavras de CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 236: "(...) o registro não é o desaguadouro comum de todos e quaisquer títulos, senão apenas daqueles que confiram posição jurídico-real, como os constantes da enumeração da nova Lei do Registro (art. 167)".

53 A mesma discussão ocorre sobre a natureza do ato registral do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. Defende-se que o patrimônio de afetação implica uma verdadeira uma segregação patrimonial. Sendo segregação e não mais titularização, há uma transmutação e, com isso, o ideal seria, na verdade, falar-se em ato de registro, na medida em que se transmite o imóvel do incorporador para uma situação jurídica em que não há titularização, para, em outro momento, esse patrimônio ser transferido aos adquirentes das unidades imobiliárias. O imóvel, portanto, passaria a estar sem titular, afetado a destinação certa e respondendo por dívidas dessa instituição. Foi com base nessa ideia que a Lei do Distrato, estimulando o incorporador a instituir o patrimônio de afetação, deu-lhe a possibilidade de remanescer com até 50% dos valores já pagos pelo compromissário comprador em mora. Essa última tese parece mais razoável, diante dos ditames do sistema de afetação que abarca alienações fiduciárias em garantia, bens de família e patrimônios rurais em afetação (todos instituídos por ato de registro em sentido estrito). Assim, muito embora o legislador tenha determinado expressamente que o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária será constituído por ato de averbação, na verdade, deveria ocorrer por ato de registro, assim como os demais patrimônios afetados, tendo em vista a ocorrência da transmutação do imóvel. – KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2.

dos por ato de registro em sentido estrito, conforme previsão dos arts. 167, I, "1" e "35", respectivamente, da Lei nº 6.015/1973[54], pois, da mesma maneira como ocorre no patrimônio rural em afetação, implicam uma mutação júri-real bifásica com a segregação do patrimônio afetado do conjunto de bens do anterior titular do imóvel e o seu retorno a esse titular ou incorporação ao patrimônio de um terceiro.

Importante destacar, neste ponto, que, em relação à alienação fiduciária em garantia, o legislador da Lei nº 9.514/1997 havia acertado quando estabeleceu na redação originária do art. 26, § 7º, que a consolidação da propriedade em favor do credor na hipótese de inadimplemento por parte do devedor fiduciante se daria por ato de registro. Discorda-se, portanto, da alteração da natureza do ato para o de averbação (ocorrida com o advento da Lei nº 10.931/2004), na medida em que a consolidação da propriedade em favor do credor também gera uma transmutação da propriedade do imóvel afetado, que sai da situação de afetação para se tornar de titularidade do credor fiduciário.

O que deve ficar claro é que a mutação gerada pela instituição do patrimônio de afetação é efetiva, na medida em há uma segregação patrimonial, com a consequente mudança da titularidade do imóvel, o qual sai do patrimônio de um sujeito, que deixa de titularizá-lo, para ser afetado a determinado fim. É necessário, portanto, um ato de registro para constituir essa separação de patrimônios.

Conclui-se, nessa linha, que a tese mais adequada é de o patrimônio rural em afetação (bem como as demais espécies de patrimônio afetado) seja instituído por ato de registro em sentido estrito na matrícula do imóvel, na medida em que ocorre uma segregação entre patrimônio do titular e patrimônio afetado para o cumprimento de uma finalidade específica, no caso, a de constituir uma garantia a determinado sujeito, além do fato da precisa dicção do art. 9ª da Lei nº 13.986/2020.

6. PROCEDIMENTO REGISTRAL

Adentrando os aspectos procedimentais do patrimônio de afetação imóvel rural, tem-se que a sua constituição dependerá de rogação pelo proprietário, cuja solicitação deverá ser instruída com os documentos elencados no art. 12 da Lei nº 13.986/2020, quais sejam:

i. O documento comprobatório da inscrição do imóvel no Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR), do domínio do requerente e da inexistência de ônus de qualquer espécie sobre o patrimônio do re-

São Paulo: YK Editora, 2020. p. 2495.

54 "Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:I - o registro: 1) da instituição de bem de família; [...] 35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel."

querente e o imóvel rural;

ii. O documento comprobatório da inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural (CAR), nos termos da Lei nº 12.651/2012;

iii. O documento comprobatório da regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária do requerente, compreendidas as certidões negativas de débitos fiscais perante as Fazendas Públicas, bem como de distribuição forense e de protestos do proprietário do imóvel, tanto no local de seu domicílio quanto no local do imóvel[55].

iv. O documento comprobatório da certificação, perante o Sistema de Gestão Fundiária (Sigef) do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), do georreferenciamento do imóvel do qual a totalidade ou a fração está sendo constituída como patrimônio rural em afetação;

v. A prova de atos que modifiquem ou limitem a propriedade do imóvel;

vi. O memorial de que constem os nomes dos ocupantes e confrontantes com a indicação das respectivas residências;

vii. A planta do imóvel, obtida a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a Anotação de Responsabilidade Técnica, que deverá conter as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional adotada pelo Incra para a certificação do imóvel perante o Sigef/Incra; e

viii. As coordenadas dos vértices definidores dos limites do patrimônio afetado, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional adotada pelo Incra para certificação do imóvel perante o Sigef/Incra.

O pedido, juntamente com os documentos anexos, será então protocolado e autuado pelo oficial de registro de imóveis[56].

Qualificado negativamente o pedido – ou seja, caso o registrador o considere em desacordo com o disposto na Lei nº 13.986/2020 – o interessado fará jus ao prazo de 30 dias, contado da data da decisão, para promover as correções necessárias, sob pena de indeferimento da solicitação[57]. Em todo caso, o interessado poderá solicitar a reconsideração da decisão do oficial de registro de imóveis[58].

55 Art. 12, § 1º, da Lei nº 13.986/2020.
56 Art. 11 da Lei nº 13.986/2020.
57 Art. 13, *caput*, da Lei nº 13.986/2020.
58 Art. 13, parágrafo único, da Lei nº 13.986/2020.

7. EMISSÃO DA CÉDULA IMOBILIÁRIA RURAL (CIR)

Intimamente ligada ao patrimônio de afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR) foi também novidade introduzida pela Lei nº 13.986/2020. A Lei nº 13.986/2020 conceitua a CIR como um título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação, que representa as seguintes situações:

i. promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade, e
ii. obrigação de entregar, em favor do credor, bem imóvel rural ou fração deste vinculado ao patrimônio rural de afetação, e que seja garantia da operação de crédito acima mencionada, nas hipóteses em que não houver o pagamento da operação de crédito.

Como mencionado, a legitimidade para emissão da CIR tem como pressuposto a constituição do patrimônio rural de afetação[59]. Conforme dispõe a lei, a CIR poderá ser garantida por parte ou por todo o patrimônio rural de afetação, observada a identificação do patrimônio rural em afetação, ou de sua parte, correspondente à garantia oferecida na CIR[60].

Uma vez emitida pelo proprietário de imóvel rural, a CIR poderá ser negociada no mercado de títulos e valores mobiliários, e deverá ser registrada em entidade autorizada pelo Banco Central[61].

8. EMISSÃO DA CÉDULA DE PRODUTO RURAL (CPR)

A cédula de produto rural, disciplinada pela Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, é um título de crédito representativo de uma promessa de entrega de produto rural[62]. Não se vincula a crédito em dinheiro, mas ao produto de natureza essencialmente rural, de modo que o empréstimo feito pelo credor é destinado a produção pelo devedor, sendo que parte ou a totalidade do resultado é revestido ao credor como pagamento.

Daí afirmar que, enquanto nas cédulas de crédito rural, industrial, mercantil e à exportação a promessa em dinheiro vem vinculada a obrigação de solver

59 Art. 18 da Lei nº 13.896/2020.
60 Art. 18, § 1º, da Lei nº 13.896/2020.
61 MALISZEWSKI, Eliza. **Entrevista Dr. Lutero Pereira sobre a Cédula Imobiliária Rural e Seus Riscos ao Produtor**. Foraster. Disponível em <https://www.foraster.com.br/posts/1507/Entrevista+Dr.+Lutero+Pereira+sobre+a+C%C3%A9dula+Imobili%C3%A1ria+Rural+e+Seus+Riscos+ao+Produtor/> [Acesso: 25.07.2020].
62 A definição de produto rural foi dada pelo § 2º do art. 1º da Lei nº 8.929/1994, incluído pela Lei nº 13.986/2020.

dívida liquida e certa, a cédula de produto rural representa produto, e não dinheiro.

Em que pese a já mencionada conexão entre as novas figuras da CIR e do patrimônio rural em afetação, a Lei nº 13.986/2020 também admitiu a emissão da CPR utilizando o último como garantia. Nesse caso, a emissão da CPR deverá atender não apenas os requisitos da sua lei de regência (Lei nº 8.929/1994) como também as seguintes regras estabelecidas pela Lei nº 13.986/2020 em relação à CIR: art. 19, *caput* e § 1º; art. 21; art. 22, *caput,* VIII e IX, e §§ 1º e 2º; e arts. 24, 25 e 28[63].

9. CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO

A Lei nº 13.986/2020 dispõe que, uma vez vencida a CIR, e não tendo sido liquidado o crédito por ela representado, poderá o credor exercer de imediato, no Registro de Imóveis correspondente, o direito à transferência, para sua titularidade, do registro da propriedade da área rural que constitui o patrimônio de afetação ou de sua parte vinculada à cédula[64].

É possível que o proprietário constitua o patrimônio de afetação sobre uma parte do imóvel rural, desde que observado o módulo rural ou a Fração Mínima de Parcelamento (FMP), já que essa área poderá ser futuramente alienada em caso de inadimplemento da CIR. Também é admitido que, uma vez constituído o patrimônio de afetação sobre a totalidade ou parte do imóvel rural, o proprietário vincule apenas uma parte desse patrimônio à CIR. Em ambos os casos, verificado o inadimplemento da CIR, será necessário o desmembramento do imóvel, para permitir a abertura da matrícula e a alteração da titularidade apenas da fração efetivamente afetada e vinculada à cédula[65].

Embora haja a transmutação imediata da propriedade afetada e vinculada à CIR para o credor, este fica obrigado a promover leilão público para a alienação do imóvel, a exemplo do que ocorre na alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia. Aliás, a Lei nº 13.986/2020 inclusive prevê a aplicação subsidiária do procedimento dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997[66].

Não obstante, a Lei nº 13.986/2020 traz uma peculiaridade em relação ao procedimento da Lei nº 9.514/1997. Com efeito, dispõe que, se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, somado ao das despesas, dos prêmios de seguro e dos encargos legais, incluídos os tributos, o credor poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito[67]. Assim, não se aplica a regra do art. 27, § 5º, da Lei nº 9.514/1997,

63 Art. 16 da Lei nº 13.896/2020.
64 Art. 28, *caput*, da Lei nº 13.986/2020.
65 Art. 28, § 1º, da Lei nº 13.986/2020.
66 Art. 28, § 2º, da Lei nº 13.986/2020.
67 Art. 28, § 3º, da Lei nº 13.986/2020.

segundo a qual, nessa hipótese, considerar-se-á extinta a dívida[68].

Em todo caso, ressalte-se que, nessa situação, o credor não terá direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado[69].

Cumpre fazer uma ressalva acerca da MP nº 958, de 24 de abril de 2020, que estabeleceu normas para facilitar o acesso ao crédito e mitigar os impactos econômicos decorrentes da pandemia do COVID-19. Para isso, a Medida dispensou as instituições financeiras de observar inúmeras disposições legais para a contratação e renegociação de operações de crédito, e estabeleceu algumas outras medidas a respeito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. No que tange à atividade notarial e registral, o art. 2º da Medida Provisória determinou a suspensão da vigência, até o dia 30 de setembro de 2020, dos arts. 58, § 2º e 76 do Decreto- Lei 167/1967, que trata dos títulos de crédito rural. Dizem os referidos dispositivos:

> "Art 58. Em caso de mais de um financiamento, sendo os mesmos o emitente da cédula, o credor e os bens apenhados, poderá estender-se aos financiamentos subseqüentes o penhor originàriamente constituído, mediante menção da extensão nas cédulas posteriores, reputando-se um só penhor com cédulas rurais distintas.
> § 1º A extensão será apenas averbada à margem da inscrição anterior e não impede que sejam vinculados outros bens à garantia.
> § 2º Havendo vinculação de novos bens, além da averbação, estará a cédula também sujeita a inscrição no Cartório do Registro de Imóveis."
> "Art 76. Serão segurados, até final resgate da cédula, os bens nela descritos e caracterizados, observada a vigente legislação de seguros obrigatórios."

10. CANCELAMENTO

Conforme dispõe o art. 15 da Lei nº 13.986/2020, o cancelamento da afetação do imóvel rural, ou de sua fração, é operacionalizado por averbação no registro de imóveis.

Para que seja averbado o cancelamento, deverá o proprietário apresentar requerimento perante o registro imobiliário, acompanhado da comprovação da inexistência de CIR e de CPR sobre o patrimônio a ser desafetado[70].

Em se tratando de CIR, a referida comprovação se dará mediante certidão

68 Segundo o aludido dispositivo: "§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º."
69 Art. 28, § 3º, da Lei nº 13.986/2020.
70 Art. 15, § 1º, da Lei nº 13.986/2020.

emitida pela entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil a CIR a registrar ou depositar esse tipo de cédula. Por outro lado, tratando-se de CPR, a comprovação será realizada por meio de certidão emitida pelo ofício de registro de imóveis competente[71].

Requerido o cancelamento do patrimônio rural em afetação, e enquanto não concluído, não poderá ser emitida CIR ou CPR sobre o imóvel rural (ou sua fração) a ser desafetado[72].

De todo o exposto, é importante concluir que o imóvel regular no Brasil é um ativo econômico extremamente importante para a circulação de riqueza e para que o país possa sair da crise de 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Nancy; DIP, Ricardo. Apontamentos Acerca dos Registros Públicos – Lei 13.095/2015. In DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio; PASSOS, Josué Modesto (coords.), **Registros Públicos e Notas – Conselho Nacional de Justiça – Atos normativos apontados**. São Paulo: Quinta Editorial, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CARVALHO, Afrânio. *Registro de Imóveis*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 7, p. 147-183, abr/jun. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 2. São Paulo: YK Editora, 2020.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**, v. 5, t. 1. São Paulo: YK Editora, 2020.

MALISZEWSKI, Eliza. **Entrevista Dr. Lutero Pereira sobre a Cédula Imo-**

71 Art. 15, § 2º, da Lei nº 13.986/2020.
72 Art. 15, § 3º, da Lei nº 13.986/2020.

biliária Rural e Seus Riscos ao Produtor. Foraster. Disponível em <https://www.foraster.com.br/posts/1507/Entrevista+Dr.+Lutero+Pereira+sobre+a+-C%C3%A9dula+Imobili%C3%A1ria+Rural+e+Seus+Riscos+ao+Produtor/> [Acesso: 25.07.2020]

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1, 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Patrimônio rural em afetação & cédula imobiliária rural**. Release da Obra. Disponível em <https://direitoagrario.com/patrimonio-rural-em-afetacao-cedula-imobiliaria-rural/> [Acesso: 25.07.2020].

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária. **IRIB**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/o-regime-da--afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria> [Acesso: 25.07.2020].