REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária de Pernambuco

Número 9
2016

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária de Pernambuco

Número 9
2016

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária de Pernambuco

Número 9
2016

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juíza Federal Diretora do Foro
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

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

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

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

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

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

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica
NYLHERMANN MIRANDA DE BRITO SILVA - NGE

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

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

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 9 (2016) Recife, 2016

Anual

ISSN 1984 – 512X

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Presidente
Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Vice-Presidente
Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**

Corregedor
Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

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

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

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

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

Juízes Federais Substitutos:

Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues
Marcos Antônio Mendes de Araújo Filho
Guilherme Soares Diniz

SUMÁRIO

O JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti 15

LIMITE DE PERMANÊNCIA DE MILITARES DO SEXO FEMININO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR TEMPORÁRIO DO QOCON E QSCON NO ÂMBITO DO COMANDO DA AERONÁUTICA
Fernando Otero Caamaño 41

AÇÕES DE SAÚDE CONTRA O PODER PÚBLICO: ENSAIO DE UM ROTEIRO DECISÓRIO
Francisco Glauber Pessoa Alves 55

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI: A PROBLEMÁTICA DO DECISIONISMO JUDICIAL
Gerson Luiz Rocha 99

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NA ALEMANHA E O SEU CARÁTER SOCIAL
Leonardo Estevam de Assis Zanini 135

A ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: UM RETORNO AO PASSADO PARA SE PENSAR O FUTURO
Marcelo Santiago de Morais Afonso 157

HERANÇA DIGITAL: VALOR PATRIMONIAL E SUCESSÃO DE BENS ARMAZENADOS VIRTUALMENTE
Marco Aurélio de Farias Costa Filho 187

APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DA LEI 13.105/2015 NO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS: VIOLAÇÃO À CELERIDADE PROCESSUAL?
Maria Carolina Oriá Veloso 217

PRISÃO CIVIL COERCITIVA: DA ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Sofia Cavalcanti Campelo 235

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS INCONGRUÊNCIAS OCASIONADAS PELAS MODIFICAÇÕES IDEOLÓGICAS E LEGISLATIVAS NO REGIME DAS INCAPACIDADES: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO
Temistocles Araujo Azevedo 275

A JURISPRUDÊNCIA E O PAPEL DO JUIZ NA ATIVIDADE CRIADORA DO DIREITO
Eduardo Almeida Pellerin da Silva, João Amadeus Alves dos Santos e Silvério Souto Maior de carvalho Gomes 313

APLICABILIDADE DO NOVO CPC: NECESSÁRIA CRIAÇÃO DE UMA BASE NACIONAL DE DADOS PARA FINS DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO
Hanna Larissa Lima Bonfim, Paulo de Tarso Duarte Menezes e Fábio Gabriel Breitenbach 335

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
Isadora Dowsley Pinto Ribeiro e Maria Eduarda Ribeiro de Almeida 351

A RESPOSTA DO RÉU NO NOVO CPC: A OPÇÃO POR UMA SUPERCONTESTAÇÃO
Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos e Vinícius Silva Lemos 369

O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA NO CPC/2015
Marco Aurélio Ventura Peixoto e Renata Cortez Vieira Peixoto 395

APRESENTAÇÃO

Honra-me o Professor e Juiz Federal Frederico Koehler, Diretor da Revista da Seção Judiciária de Pernambuco, com o convite para apresentar esta edição do nosso periódico, que chega ao seu nono ano de atividades contínuas e ininterruptas.

A primeira reflexão que nos vêm à mente consiste nos motivos que levaram o Judiciário a editar uma revista jurídica e, *a fortiori*, um periódico científico, tarefa que caberia, em princípio, às Universidades e aos centros de pesquisa. Haveria, no caso, "violação ao princípio da separação de Poderes"? Estaria o Judiciário se imiscuindo em atividades alheias à sua missão institucional, esquecendo-se do antigo adágio latino que recomenda ao sapateiro não ir além dos sapatos ("*ne sutor ultra crepidam*", do qual extraímos o adjetivo "ultracrepidário", aplicável a quem excede os limites de sua expertise)?

Penso que não. A própria missão do Judiciário foi revista nas últimas décadas, esvaindo-se a antiga noção de uma estrutura voltada apenas à decisão de conflitos, para uma nova visão, que o identifica como instituição destinada a resolver conflitos com Justiça e a promover a paz social. Resolver conflitos com Justiça e promover a paz social não se faz apenas mediante processos adjudicatórios (ou seja, que visam a atribuir bens jurídicos a quem venha a ser considerado titular de direitos, após decisão proferida pelo terceiro imparcial), mas pelo estímulo à reconciliação, à harmonização de interesses e à prevenção de novos litígios.

A missão do Judiciário não prescinde, portanto, de um contínuo processo de comunicação com a sociedade e com as demais instituições, evitando-se a adoção de uma postura distante, alheia à realidade que nos circula. A revista jurídica, ao seu turno, é mais um canal, um instrumento de comunicação possível, no qual os magistrados, servidores e demais atores deste processo recebem os influxos dos estudos realizados além portas e divulgam os seus próprios estudos, em uma importante troca de conhecimentos.

Se nenhuma instituição detém soberanamente o conhecimento científico, são necessárias diversas vozes para que se aprofundem os debates e se aperfeiçoe o sistema de distribuição de Justiça. Como na antiga ideia de Universidade, que pressupõe universidade de conhecimentos, dependemos do diálogo e não da sobreposição de monólogos, dependemos da crítica e não da mera repetição de saberes. E a voz da Seção Judiciária de Pernambuco permanece avalizada

pela boa produção de seus integrantes, à qual se somam as demais vozes que contribuíram com a presente edição.

Nas palavras de João Cabral de Melo Neto, "*um galo sozinho não tece uma manhã: / ele precisará sempre de outros galos. / De um que apanhe esse grito que ele / e o lance a outro; de um outro galo / que apanhe o grito de um galo antes / e o lance a outro; e de outros galos / que com muitos outros galos se cruzem / os fios de sol de seus gritos de galo, / para que a manhã, desde uma teia tênue, / se vá tecendo, entre todos os galos*" (Tecendo a manhã, *in* A educação pela pedra, 1966).

Mais uma manhã surgiu. Parabéns aos autores, aos editores, aos membros do conselho editorial e a todos os envolvidos nesta edição.

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Juiz Federal em Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife (CCJ/UFPE).

O JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL

The judge of guarantees in the preliminary criminal investigation

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Professora Adjunta de Direito Processual Penal da UFPE
Doutora em Direito Processual pela USP
Mestre em Direito Público pela UFPE
Juíza Federal

RESUMO: O artigo trata da figura do juiz de garantias, que consta de proposta legislativa de alteração do Código de Processo Penal brasileiro e cuja adoção, no Brasil, viria fortalecer o processo penal acusatório, sobretudo no aspecto da imparcialidade objetiva do magistrado que é chamado a atuar na etapa pré-processual de investigação dos delitos. Defende que o juiz de garantias, ou juiz garantidor, é o único papel cabível ao membro do Poder Judiciário na investigação criminal, restrito a matérias que demandem reserva de jurisdição, sobretudo por não se haver instaurado o processo propriamente dito. Atenta, ainda, no rastro de tendência de diversos outros ordenamentos, para a necessária separação entre o juiz que atuou na investigação (juiz de garantias) e o juiz do processo penal.

ABSTRACT: The article deals with the figure of the judge of guarantees contained in the legislative proposal to amend the Brazilian Code of Criminal Procedure and whose adoption, in Brazil, would strengthen the adversarial criminal justice system, especially in the aspect of objective impartiality of the magistrate who is called to act in the pre-trial stage of investigation of crimes. It states that the judge of guarantees, or guarantor judge, is the only appropriate role to a member of the judiciary in criminal investigation, which is restricted to matters that require reservation of jurisdiction, especially for not having initiated the process itself. Yet it is attentive in the pathway of several other juridical systems for the necessary separation between the judge who acted in the investigation (judge of guarantees) and the judge of the criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

Uma das principais polêmicas que afloram nos debates sobre a reforma do Código de Processo Penal pátrio versa sobre a instituição do chamado "juiz das garantias" na investigação criminal preliminar e, *a fortiori*, sobre a função que cabe ou deveria caber ao Juiz nessa importante etapa da persecução de delitos, dentro de um sistema acusatório de processo penal, como é o brasileiro.

Tramitam, no Congresso Nacional, alguns projetos de lei visando à reforma do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) e, d'entre eles, no que interessa ao tema, o de reforma parcial do Título do "Inquérito Policial" (Projeto de Lei 4.209, de 2001) e o de reforma global do CPP (Projeto de Lei 8.045, de 2010, originado do Projeto de Lei do Senado 156, de 2009), ambos tendo como móvel a necessidade de adequação do vetusto Código à atual Constituição.

O primeiro deles, oriundo de Comissão presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover e com várias emendas aprovadas na Câmara dos Deputados, em 11.12.2008, prevê alterações importantes, como é o caso da regra (agora expressa) de motivação dos atos da autoridade policial e das manifestações do Ministério Público (art. 16), não trazendo, porém, alterações substanciais quanto ao papel do juiz na investigação criminal, que continua – como no diploma ainda em vigor – atrelado ao sistema inquisitório que inspirou a elaboração do Código de 1941.

O segundo, resultado da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada em 5 de junho de 2008, e coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, já aprovado no Senado com algumas emendas e enviado à Câmara dos Deputados em 2011, veicula proposta de mudança fundamental na estrutura da investigação, retirando o juiz de atividades tipicamente burocráticas, que nada têm de jurisdicional e criando a figura do "juiz das garantias", já incorporada em outros sistemas do direito alienígena, e da qual se tratará adiante.

1. REPENSANDO O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO: A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Ensina Afrânio Silva Jardim, inspirado nas lições do processualista italiano Liebman, que "a grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do Juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade"[1].

1 - JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40.

O sistema acusatório de processo penal, adotado em nossa Constituição e caracterizado pela separação entre as funções de acusar e julgar (art. 129, I, da CF)[2], retira o magistrado das funções persecutórias e, em consequência, resguarda-lhe a imparcialidade, que constitui nota fundamental do processo.

Previnem-se, ademais, possíveis resquícios do chamado processo inquisitivo, que conferia ao julgador poderes instrutórios amplos, sob o pálio da tão propalada "busca da verdade real ou material"[3]. Daí se reconhecer, no acusatório, o perfil do processo mais condizente com a realização da Justiça criminal, porque liberta o juiz de qualquer vinculação psicológica com a pretensão em causa, ao lhe retirar a iniciativa de instaurar a ação ou de buscar ele mesmo a prova.

A questão, todavia, é saber de que maneira há de ser modulada a fase de investigação preliminar, para manter-se harmonizada ao perfil garantista e à separação de funções entre os sujeitos envolvidos na persecução penal, preconizada pelo modelo acusatório, sejam elas jurisdição, acusação e defesa. Afinal, a estrutura da investigação criminal é um elemento crucial para distinguir entre sistemas de índole acusatória ou inquisitória.

Sobre a legitimidade para instaurar e conduzir a investigação preliminar, no confrontar dos sistemas, o juizado de instrução, típico do sistema francês, cede espaço a uma etapa investigativa livre de ingerências do julgador que não sejam para garantir a legalidade das medidas investigatórias tomadas, contra e a favor do investigado.

Os maiores movimentos reformistas das últimas décadas retiram dessa cena o julgador e a diluem entre os agentes de segurança pública e o Ministério Público, conferindo-se ao juiz o posto de garantidor, atuando em incidentes jurisdicionalizados dentro da investigação criminal[4]. No transcurso dessa

Acrescentaríamos ao adjetivo "instrutórios" o correlato "investigatórios".

2 - À Polícia Judiciária, a Constituição cometeu a função precípua de investigação; ao Ministério Público, o controle externo dessa atividade, ao Poder Judiciário, o conhecimento e julgamento de processos. A evolução publicista do processo rumo à oficialidade da ação direciona-o, de fato, a um processo de partes, com separação das principais atividades processuais (acusar, defender e julgar), sem, no entanto, descurar o Estado da *persecutio criminis*: entrega a acusação a uma instituição independente (o que se torna possível com a criação do Ministério Público), seja em caráter exclusivo (como na Itália, Alemanha e Brasil) ou compartilhado (como na Espanha, que ainda mantém o juiz instrutor), desvinculando o juiz dessa atividade.

3 - Essa adjetivação da verdade que se pretende alcançar com o processo, conquanto ainda recorrente no meio jurídico, parece-nos, como já afirmado, infeliz, seja pela natural impossibilidade de reconstituição perfeita dos fatos trazidos a juízo em todos os casos, seja porque, em qualquer situação, a verdade da decisão será afinal ditada mediante o processo, o encontro das partes, com oportunidades equânimes de apresentação de provas e de contra-argumentação. Cf., a respeito, ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 36, p. 435-492, apr./giugno 1993.

4 - Quanto a essa tendência, Fauzi Hassan Choukr (*Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 26-28) destaca que, nas propostas de alteração legislativa na França, o juizado foi abrindo espaço à polícia judiciária, sobretudo com o recrudescimento da importância das *enquêtes préliminaires*, realizadas pela polícia, agindo autonomamente ou por delegação da magistratura. Nada obstante, ainda é mantido o juiz de instrução, embora intervindo em uma minoria de

etapa, o modelo acusatório ideal repudia a introdução de outro órgão estatal que não o legitimado ativo para sua condução e valoração. Consolida-se o Ministério Público como titular da ação penal e orientador de sua preparação, contando com o apoio da polícia judiciária[5].

Assim, percebe-se que não tem sentido a inserção, na fase pré-processual, do julgador (sujeito a quem cabe, na tripartição de poderes do Estado soberano, a decisão do conflito de interesses instaurado com o processo), a menos, quando em debate, matéria sujeita à reserva de jurisdição, como nos casos de decretações de prisão cautelar, de escuta telefônica, de busca e apreensão, etc. Afigura-se mais consentâneo ao princípio acusatório, evitando-se a colheita de elementos desnecessários, que o titular da ação penal, e não o juiz, oriente a investigação preliminar, atuando em conjunto com a polícia investigativa.

2. A GARANTIA DO JUIZ NATURAL E SUA APLICAÇÃO À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A Constituição de 1988, seguindo uma tradição inaugurada com a Carta Política de 1824 (e excepcionada apenas pela Carta de 1937), consagra, de forma clara em seu texto[6], o postulado do juiz natural sob a perspectiva de uma dupla garantia individual: a de que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (art. 5.º, XXXVII) e a de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, LIII). Desses enunciados, extrai-se que o juiz natural, em matéria penal, no nosso direito, é a autoridade competente para processar e julgar segundo ditames constitucionais[7].

casos. Há uma ligação, inclusive, hierárquica entre a polícia judiciária e o Ministério Público, a quem cabe a fiscalização do trabalho policial. Aponta o autor, também, a criação, pela Lei 516, de 15.6.2000, de um juiz específico para os incidentes jurisdicionais ao longo da investigação (o juiz de garantias), mesmo quando desenvolvida por um juiz instrutor.

5 - Assim o revela Antonio Scarance Fernandes (Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, jul./set. 2001, p. 13): "Há um forte movimento na Europa continental no sentido de migrar de um sistema informado pelo juizado de instrução para outro em que se dá ao Ministério Público a tarefa de supervisionar a investigação. O exame, contudo, dessas realidades mostra que sempre há necessidade de uma atividade típica de investigação realizada pela polícia. A diferença existente é em relação à autoridade para a qual são remetidos os resultados dessa investigação preliminar, autoridade essa que poderá, a partir desse momento, ouvir quem foi apontado como autor do crime, inquirir pessoas e determinar novas diligências".

6 - A Constituição de 1967 e a Emenda 1 de 1969 – seguindo o modelo das Cartas de 1824, 1891, 1934 e 1946 – referiam-se, respectivamente, nos arts. 150, § 15, e 153, § 15, apenas à proibição de tribunais de exceção: "§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção".

7 - Assinale-se que vários diplomas internacionais de envergadura dão guarida ao princípio, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (art. 26), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (arts. 8.º e 10), a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950 (arts. 5.º e 6.º), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (arts. 9.3 e 14), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (art. 8.1).

Firma-se o juiz natural como a garantia do acusado de submeter-se apenas ao juiz competente e imparcial. Na investigação preliminar de cunho penal, não sendo o juiz o condutor do procedimento (coordenado, via de regra, por autoridades administrativas), é-lhe reservado um papel compatível com a elevada função que, na tripartição clássica dos poderes estatais, coube claramente ao Poder Judiciário: dizer o direito (*ius dicere*) e aplicá-lo aos casos concretos. Assim prevê a nossa Constituição, ao dispor, no art. 2.º, que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", e asseverar, no art. 5.º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Desses dois princípios constitucionais, extrai-se a garantia da *reserva de jurisdição*, a significar, em primeiro plano, que qualquer pessoa tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para que este, aplicando a lei ao caso concreto, assegure a observância dos direitos fundamentais eventualmente desrespeitados; e, em segundo lugar, que determinadas matérias devem ser de apreciação exclusiva dos órgãos jurisdicionais (afastados, portanto, os órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo), não apenas para que deem a última palavra, mas para que sua manifestação ocorra em primeiro plano, como requisito para a legitimidade do ato[8]. Assim é que o Poder Judiciário será o único legítimo a apreciar e adotar medidas que impliquem restrições aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos[9].

Trata-se de tema, a todo instante, presente nas investigações preliminares com fins penais, em que é comum a prática de atos de averiguação e de prova, passíveis de ingerir na esfera de direitos fundamentais dos investigados, sobretudo por via de medidas cautelares (prisão cautelar, busca e apreensão domiciliar, indisponibilidade de bens, arresto, quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados, interceptação telefônica, etc.).

É certo que algumas matérias já estão especificadas no próprio Texto Constitucional como integrantes da reserva de jurisdição (v.g, os casos de ingresso na casa de alguém sem o seu consentimento; de violação do sigilo

8 - FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. Dos princípios e garantias constitucionais do devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 331-332. Nesse sentido, concluem os autores que o princípio da reserva de jurisdição garante ao cidadão, sempre que entender violado ou ameaçado direito seu, por ato de particular ou de ente público, exerça seu direito fundamental de recorrer ao Poder Judiciário "para que este, em primeira ou última manifestação, verifique a legalidade do ato impugnado e, em respeito aos princípios contidos no devido processo legal, profira decisão apta a pacificar o conflito pela mais justa aplicação da norma" (Idem, p. 333).

9 - A funcionarem, eles mesmos, como freios à atividade jurisdicional, já que "é no processo penal, entendido como instrumento da persecução, que a liberdade do indivíduo avulta e se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade jurisdicional. (...) [A] obrigação do Estado de sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado se transforma na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20).

das comunicações telefônicas e de prisão de um indivíduo – art. 5.º, XI, XII e XLI). Outros atos, contudo, embora não expressamente remetidos à prévia intervenção judicial, integrarão igualmente a cláusula de reserva de jurisdição sempre que se tratar de restringir direito fundamental constitucional[10], sendo de frisar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem tendo importante papel no preenchimento paulatino do conteúdo da cláusula[11].

Aplicada a garantia do juiz natural à investigação preliminar – na qual existe, também, "acusação" em sentido amplo, impondo-se, por isso, a existência de um órgão jurisdicional destinado a apreciar os pedidos que interfiram na liberdade do cidadão –, segue-se que, não vigorando entre nós o sistema dos juizados de instrução, todo investigado tem direito a um juiz, previamente determinado em normas de competência e afastado de qualquer atividade propulsora da investigação, a quem deverá tocar tão-somente a determinação e controle do alcance e duração das medidas cautelares adotadas nessa fase, coibindo eventuais abusos por parte das demais autoridades envolvidas, seja da Polícia, do Ministério Público ou do Poder Legislativo.

A figura do juiz competente, independente e imparcial, como controlador da legalidade na investigação preliminar e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo, embora ainda não satisfatoriamente definida em nosso Direito, será de suma importância para salvaguarda dessas liberdades,

10 - Paulo Castro Rangel, ao analisar a reserva de jurisdição no direito português, explica que a matéria foi-se delineando, sobretudo, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, fixando-se conceitos que expressam níveis diferenciados de jurisdição, pelo que denomina "critério das duas palavras": em primeiro lugar, haveria *reserva absoluta de jurisdição* para matérias que exigissem a primeira palavra do órgão jurisdicional; em segundo lugar, haveria apenas uma *reserva relativa de jurisdição*, em que ao juiz competiria apenas a última palavra acerca da matéria. No primeiro caso, quando a reserva estivesse já especificada no texto constitucional ou na lei (reserva absoluta de jurisdição especificada), não haveria maiores dúvidas; fora desse âmbito, a questão se tornaria problemática, havendo ainda certa indefinição sobre o tema (*Reserva de jurisdição*: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 59-65). Na mesma linha, ver J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da reserva de juiz e da reserva de tribunais (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 667-673).

11 - É paradigmático, nesse sentido, o acórdão proferido no julgamento do MS 23.452/RJ (rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12.5.2000), pelo qual o Plenário do STF considerou que as Comissões Parlamentares de Inquérito (órgãos não-jurisdicionais) poderiam decretar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico (sobre os dados/registros telefônicos), relativamente a pessoas por elas investigadas, desde que justificassem a necessidade da medida excepcional, sem prejuízo do controle jurisdicional ulterior desses atos. Ficou gravado em sua ementa: "POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5.º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5.º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5.º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina".

sempre que ameaçadas[12], não se confundindo com a do investigador ou a do coordenador da investigação.

3. A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E SUA EXTENSÃO À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A imparcialidade do julgador representa uma das facetas da garantia do juiz natural, consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, justamente a posição que o Estado ocupa no processo, por via do juiz.

Se bem que a Constituição da República de 1988 não estabeleça a imparcialidade do juiz de forma expressa, ela pode ser inferida das garantias do devido processo legal e do juiz natural e, por isso, tida como orientadora do processo penal bem antes da vigência da atual Carta[13]. Inegável, porém, que, com ela, resultou fortalecida a garantia, máxime pelo destaque de outras – como o princípio do juiz natural e a correlata proibição dos tribunais de exceção – às quais está necessariamente relacionada, e também pela reserva, ao Ministério Público, da promoção da ação penal pública, em caráter exclusivo (a privatividade a que alude a redação constitucional[14] nada mais representa que o resguardo da ação penal privada subsidiária, pelo ofendido).

A parcialidade ou a ausência de imparcialidade do juiz conduz ao descrédito da sociedade em suas instituições, d'onde necessária a instituição de mecanismos que contribuam à incolumidade dessa garantia. Um deles consiste no princípio da ação, ou da demanda, ou da inércia da jurisdição, segundo o qual cabe à parte a iniciativa de instaurar o exercício da função jurisdicional. A experiência demonstra que o juiz que toma a iniciativa de

12 - Ao tratar da proteção jurisdicional das liberdades contra o Executivo e os particulares, ou do papel do juiz como *protetor da ordem* nos Estados liberais, Jean Rivero e Hugues Moutouh (*Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 279-280) explicam que o juiz, "mesmo quando reprime, mostra-se o elemento essencial de um sistema de sanções do estatuto das liberdades", pois a experiência prova que é a intervenção do juiz que reduz ao mínimo o risco de abusos da liberdade no âmbito de uma sociedade organizada.

13 - Já sob a vigência da Constituição de 1988, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966), incorporado em nosso sistema pelo Decreto 592/1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969), pelo Decreto 679/1992, são explícitos ao consagrar a garantia da imparcialidade do juiz, referindo-se ao direito de toda pessoa, na apuração de qualquer acusação penal, ser ouvida por um juiz ou Tribunal "competente, independente e imparcial", nos arts. 14.1 e 8.1, respectivamente. Os diplomas internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu são acoplados ao nosso direito interno com o grau de preceito constitucional, por força dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF, porquanto veiculam matéria tipicamente constitucional, conclusão reforçada após a inclusão do § 3.º ao referido artigo pela Emenda Constitucional 45/2004 (cf. PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 71-73).

14 - "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)".

instaurar o processo, o que é típico do sistema inquisitivo, acaba por ligar-se à pretensão, propendendo a decidir favoravelmente a ela[15].

O modelo acusatório de processo põe em evidência a imparcialidade do julgador, que, como representante do Estado-juiz, deve colocar-se entre as partes e além do interesse delas. O juiz deve agir imparcialmente para bem conceder a prestação jurisdicional. Para tanto, são-lhe asseguradas certas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), mas também lhe são vedadas certas atitudes, como o exercício de atividade político-partidária, o recebimento de participações no processo ou o exercício de outra profissão (exceto uma de magistério), tudo isso buscando assegurar a sua maior independência e isenção.

Expressa-se a imparcialidade mediante dois ângulos: o subjetivo e o objetivo. O primeiro corresponde a um estado pessoal anímico do juiz, à ausência de pré-juízos acerca de determinado assunto de que é conhecedor e que venha influir em sua convicção no caso concreto. O segundo diz com a adoção de garantias necessárias para repelir quaisquer dúvidas sobre sua imparcialidade, colocando-o em uma situação jurídica objetivamente imparcial[16]. As normas de competência definem o aspecto objetivo do aludido princípio. Já sob o prisma subjetivo, a legislação infraconstitucional cuida de preservar a imparcialidade pelas regras de suspeição e impedimento, como são as contidas no Código de Processo Penal (art. 252 e seguintes).

Certo que a imparcialidade plena é algo de difícil (quiçá impossível) alcance, um mito a ser relativizado, pois o juiz, como qualquer outra pessoa, possui sua escala de valores construída em face de sua origem, formação, cultura, etc., o que, inexoravelmente, influi em suas decisões[17]. No entanto,

15 - No sistema dos juizados de instrução, marcado pela inquisitividade, compreende-se possível o resguardo da imparcialidade judicial, desde que se criem fases distintas: uma persecutória preliminar e uma acusatória para o julgamento (diferenciando-se, pois, o juiz de instrução e o juiz do julgamento). Todavia, isso redundaria em um acoplamento forçado entre os modelos inquisitório e acusatório, mediante fases processuais sucessivas, não oferecendo vantagem alguma tratar o juiz como órgão de investigação em um sistema que dispõe de instituições vocacionadas a essa tarefa, como a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

16 - A distinção é referida por Aury Lopes Jr. (*Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 76-77), evocando precedente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 1982.

17 - Como explica Plácido Fernández-Viagas Bartolomé (*El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997, p. 6-8), os condicionamentos sociais e ideológicos do juiz são, a princípio, impossíveis de perceber, pois se passam no estrito mundo do psíquico e cultural. A formação e origem social do juiz serão essenciais na determinação de sua ordem de valores, e, portanto, dos critérios que vão presidir sua atividade interpretativa, porque diretamente relacionados a seu contexto vital. "Seu sentimento do 'justo' supõe um dado prévio a todo raciocínio que estará determinado pela personalidade do julgador. É impossível que este seja uma máquina e, se não é, sua forma intelectual de reagir será o resultado de um conjunto de influências". E continua o autor, explicando que o grau de aceitação da função do juiz dependerá sempre da coesão do sistema em que inserido. Assim, "num Estado Democrático de Direito, que encontra seu fundamento na soberania popular, sempre que atingido um aceitável nível de estabilidade social, oferecerá em princípio as condições necessárias para proporcionar uma tutela judicial efetiva à cidadania em seu conjunto". Também Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma

um sistema assentado em bases democráticas deve cercar-se de todos os meios institucionais possíveis para evitar sacrifícios a esse caro princípio, não se podendo, por exemplo, endossar atitudes de verdadeira substituição da parte pelo julgador, ou mesmo a adoção de diligências investigativas, na fase pré-processual, pelo sujeito que é incumbido da garantia de direitos fundamentais dos envolvidos na investigação e do conhecimento e julgamento das causas penais.

Como ensina Emilio de Llera Suárez-Bárcena, a atribuição conjunta de atos de investigação e de medidas instrumentais limitativas de direitos (medidas cautelares pessoais e reais) a um mesmo juiz, na fase prévia, anula irremediavelmente a sua imparcialidade como condição estrutural dos órgãos jurisdicionais. Os atos puramente de investigação não só são incompatíveis com o exercício do poder jurisdicional, como também ocasionam a perda da imparcialidade do juiz que os realiza e dirige[18].

No terreno da investigação preliminar, portanto, há que se preservar a garantia da imparcialidade como essencial vetor da atividade do juiz, chamado a intervir nos incidentes que demandam jurisdicionalização. Calha registrar, todavia, que, no plano processual penal brasileiro, segundo a lei vigente, não existe distinção entre o juiz que analisa medidas cautelares na investigação preliminar, o juiz que efetua o juízo de admissibilidade da acusação e o juiz que efetivamente julga a ação penal. Trata-se, como bem observa Fauzi Hassan Choukr, "de fator de complicação para a aplicação substancial da imparcialidade, na medida em que sua formação de convencimento já está comprometida com o desenrolar dos fatos desde antes do início da ação penal propriamente dita" [19].

4. O JUIZ COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como destaca Aury Lopes Jr., "o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição"[20].

---

dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289) escreve que "a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. E aí, mesmo quando não atue em nome dos interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça".

18 - La inidoneidad constitucional de jueces y fiscales para asumir la investigación oficial. In: *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 120-121.

19 - *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999, p. 33.

20 - *Sistemas*..., cit., p. 162-163.

Logo, a partir do momento em que se altera a estruturação da investigação preliminar, retirando do juiz o trabalho meramente administrativo-burocrático de intermediar pedidos de prazo, de diligências ordinárias, etc., confere-se maior efetivação aos preceitos constitucionais e maior legitmidade à função jurisdicional, deixando ao magistrado tão-somente a função que lhe cumpre na fase pré-processual, que é a de garantidor.

Juiz garante, *juiz garantidor*, *juiz de (ou das) garantias* ou *juiz das liberdades* são expressões indistintamente aptas a designar, no Estado Democrático de Direito, o papel do Juiz na garantia dos direitos do acusado na persecução penal, não podendo ficar inerte diante de violações ou ameaças a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Quando chamado a atuar no inquérito policial, o juiz deve adotar a posição de garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo, direito estes que se dirigem contra o Estado. A função do juiz, no processo penal, passa a ser a de proteção do indivíduo, em seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva, contra eventuais abusos do Estado, ao mesmo tempo em que, atuando como garante, é legitimador dos atos do Estado-Polícia[21].

A já referida separação de funções do sistema acusatório, portanto, deve ser retraída ao início da fase investigatória, evitando-se que o magistrado, cuja vocação precípua é a de decidir conflitos de interesses, imiscua-se na produção de elementos de convicção que serão, mais tarde, a ele mesmo dirigidos, quando da apreciação da viabilidade da ação penal. Suas decisões na fase investigativa passam a depender das alegações dos sujeitos envolvidos na persecução preliminar, não lhe sendo reconhecidos poderes investigatórios ou instrutórios nessa fase inicial da persecução.

5. A DEFINIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO

Ante as premissas até aqui expostas, conclui-se que os procedimentos de investigação preliminar também reclamam observância à cláusula do devido processo penal e às garantias dela decorrentes, entre elas o juiz natural. A função do juiz natural na fase pré-processual, integrada ao sistema acusatório, deve ser a de *garantidor* – restrita, portanto, à solução dos incidentes que demandem jurisdicionalização, por implicarem ferimento a direitos fundamentais do indivíduo[22].

21 - Como pontua André Machado Maya (O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 204, nov. 2009, p. 6), apesar da redundância da expressão, o instituto do *juiz das garantias* vem reforçar a compreensão da efetiva função dos juízes no cenário processual penal, pondo em destaque, não apenas na instrução criminal, mas especialmente na fase pré-processual, o dever de o magistrado atuar não como investigador, mas como garantidor de que a invesigação criminal obedeça a rígidos padrões de legalidade.

22 Como bem sintetiza Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (*Igualdade no direito processual*

Assim, no Estado Democrático de Direito, a presença do julgador ou do juiz natural, na fase prévia da *persecutio criminis,* deve revelar-se, simplesmente, no papel de *Juiz das garantias*, aquele cuja atuação – afinada ao princípio acusatório e à estrutura dialética do processo penal – fica restrita, agindo não como investigador ou instrutor, mas somente como controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

A justificativa para definir-se a figura do Juiz das garantias (também chamado de juiz de controle, juiz das liberdades, juiz garante, etc.[23]), existente em alguns países, está em que, ao ingerir na investigação criminal exercendo tarefas não propriamente jurisdicionais, pode o magistrado acabar comprometendo-se com a prova (por ele mesmo) produzida e assim prejudicar a característica da imparcialidade, rompendo-se a haste de garantias que dá base ao sistema[24].

Na Itália, modelo por excelência do juiz garantidor, com a abolição do sistema do juiz de instrução e a atribuição ao Ministério Público das investigações, surgiu a necessidade de criar-se um instrumento de controle da etapa investigativa, no que tange à sua adequação, ao fundamento da prova para a abertura do processo e à liberdade pessoal do sujeito passivo. Nasceu, então, o *giudice per le indagini preliminari*, previsto no art. 328 do CPP italiano, cujo papel é basicamente o de custódia da legalidade dos atos levados a efeito na fase prévia. Age a requerimento dos interessados, que a ele se dirigem quando se trata de resolver questões referentes à liberdade pessoal, às intervenções telefônicas, à antecipação de provas urgentes, ao arquivamento

penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131), "o juiz, especialmente na primeira fase da persecução penal, ordena medidas constritivas. Esse ordenar existe para preservar direitos individuais: o juiz não preside a investigação criminal preliminar".

23 Na Alemanha, conforme mostra Bernd Schünemann (La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, sep. 2001, p. 109-110), existe o chamado "juiz investigador" (*Ermittlungsrichter*), que exerce a proteção do imputado frente a graves violações no procedimento de investigação, e não pode ser confundido com a tradicional figura do juiz instrutor (*Untersuchungsrichter*), já abolida. O juiz investigador é, em geral, um juiz jovem, de uma instância inferior – cabe notar que a instrução oral alemã é realizada pelos tribunais penais –, que não dirige a investigação em seu conjunto, mas apenas tem que decidir, caso a caso, sobre requerimentos do Ministério Público de ordenar medidas coercitivas. Também em Portugal, para maximizar o alcance da estrutura acusatória do processo, o CPP luso limita a atuação do juiz na fase de inquérito, que fica circunscrita às medidas dirtamente relacionadas aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, vedada a determinação ou realização de qualquer ato de natureza investigatória. Como traduzem Nicolás Rodríguez García e Fernando Andrade Fernandes (Orientações fundamentais da fase preliminar do processo penal: uma análise comparativa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, v. 5, n. 3-4, jul./dez. 1996, p. 434-435), substituiu-se a figura de um "juiz *de* instrução" por um "juiz *na* instrução".

24 - Sobre o tema, calha transcrever também a observação de Antonio Magalhães Gomes Filho (Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal:* as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260): "De fato, é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão, porque a tarefa de recolher elementos para a ação penal é, por natureza, parcial e, no nosso sistema, realizada unilateralmente pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução".

do procedimento. É ele que convalidará ou invalidará as detenções feitas pela Polícia e presidirá o contraditório que se desenvolve nos incidentes probatórios[25].

O Juiz garantidor, tal como propriamente concebido, não investiga; mantém-se afastado da investigação preliminar, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar medidas restritivas de direitos. Esse afastamento ou alheamento, pessoal e institucional, revela-se importante garantia de imparcialidade, pressupondo que o magistrado não oriente a investigação policial tampouco presencie seus atos, ocupando uma postura suprapartes e distante da atividade policial[26].

Parte-se da premissa de que a genuína razão de interferência do Magistrado, na fase prévia da persecução penal, reporta-se à cláusula de reserva de jurisdição[27], aplicada em alguns episódios da investigação e pela qual determinadas matérias, envolvendo a violação ou a preservação de direitos fundamentais dos indivíduos, que constituem núcleo essencial do Estado de Direito, devem ser apreciadas tão-somente pelo Poder Judiciário. Essa é a capital função do magistrado na esfera investigativa, senão que, antes da instauração do processo penal, caber-lhe-ia conhecer apenas, de um lado, medidas implicativas de lesão a direitos (por via de *habeas corpus*, mandados de segurança, pedidos de restituição de coisas, de busca e apreensão, etc.) e, de outro, medidas cerceadoras de liberdade ou privacidade do investigado, como pedidos de prisão provisória, de quebra de sigilo bancário ou das comunicações

25 - Comparando o *giudice per le indagine preliminare* com o antigo juiz instrutor italiano, Nicolás M. Guzmán (Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano: en particular, la novedosa estruturación de la fase de la investigación preliminar. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, v. B, 2002, p. 629) diz que o que mais caracteriza o primeiro é a sua imparcialidade (*terzietà*) ou alheamento a respeito da tarefa investigativa, já que ele não se envolve nas investigações promovidas pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. Como contrapartida à posição do juiz garantidor, com as investigações preliminares se desenvolvendo de forma livre, fora do controle judicial para a maioria dos atos, o Ministério Público teria recuperado seu natural papel de parte (acusador).

26 - LOPES JR., Aury. *Sistemas*..., cit., p. 164. No mesmo raciocínio, Emilio de Llera Suárez-Bárcena (La inidoneidad..., cit., p. 126) esclarece que a intervenção do juiz de garantia se concebe com a finalidade de amparar o titular de um direito ameaçado ou lesionado por outro sujeito distinto, mediante um ato de tutela jurídica a cargo do juiz que lhe é pedida por algum interessado, de modo que a intervenção do juiz em garantia de um direito supõe as garantias próprias do processo ou, pelo menos, de um juízo imparcial.

27 - Therezinha Astolphi Cazerta, ao tratar especificamente das ações penais de competência originária de tribunais (Ação penal originária: apontamentos: reflexões. *Revista TRF 3.ª Região*, São Paulo, v. 80, nov./dez. 2006, p. 19-20), explica que "a participação do juiz nessa fase é limitada, sendo os poderes instrutórios reservados à autoridade policial e ao Ministério Público, que deterão a iniciativa da produção de provas. Do juiz são exigidas decisões sobre medidas que dependam essencialmente de autorização judicial, v.g., autorização de interceptações telefônicas, expedição de mandados de busca e apreensão, decreto de prisão temporária ou preventiva, quebra de sigilo bancário, fiscal, etc. Nada que resulte em execução de atividade própria de autoridade policial ou do Ministério Público, e nem mesmo acompanhamento direto de trabalhos de campo, realização de diligências policiais, etc. A atuação do magistrado, nessa fase, é medida de proteção do investigado, para que sejam respeitados seus direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro juiz 'garante' ou 'de garantias', órgão suprapartes".

telefônicas[28]. E muitas são as medidas dessa natureza encontradiças na investigação preliminar, por vezes mais que na fase processual.

No Brasil, não temos ainda positivada a definição do *Juiz das garantias* na investigação preliminar, de modo que o magistrado chamado a atuar como juiz natural na etapa investigativa exerce, por disposições legais, outras várias atividades, além da garantia dos direitos fundamentais porventura ameaçados ou violados.

É de ver-se, outrossim, que todas as espécies de investigação preliminar em nosso sistema, policiais ou extrapoliciais, constituem mero procedimento voltado à reunião de elementos mínimos para confirmar ou para elidir a prática de um delito. Dessas atividades, administrativas em sua essência, entendemos deva afastar-se o julgador, em prol do equilíbrio visado pela principiologia acusatória, concentrando-se apenas em suas funções precípuas, aquelas que impliquem efetivamente uma prestação jurisdicional, evitando-se que se acumulem sobre o mesmo órgão as atribuições de decidir sobre a necessidade de um ato de investigação e, posteriormente, valorar a legalidade de sua prática, numa "condescendente auto-avaliação"[29].

Com base em tal percepção, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, ao elaborar o Anteprojeto que originou o PLS 156/2009, propôs introduzir, em nosso sistema, a figura do *Juiz das garantias*[30], o qual atuaria apenas na primeira fase da persecução penal (etapa pré-processual), para controlar as ações policiais e decretar atos como, por exemplo, prisões preventivas, buscas e apreensões ou quebras de sigilo. Eis, a propósito, trecho do parecer do Senador Renato Casagrande, da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, sobre o PLS 156/2009[31]:

---

28 - Portanto, como assinala Afrânio Silva Jardim (*Direito processual penal*, cit., p. 330), a par do controle externo sobre a atividade policial, mediante o encaminhamento direto dos inquéritos entre Ministério Público e Polícia Judiciária, há de se ressalvar os episódios em que necessário o exercício de uma atividade jurisdicional cautelar por parte do juiz, quando então o expediente deve ser distribuído ao juízo competente. É o caso da comunicação de prisão em flagrante, distribuída normalmente a fim de que o magistrado fiscalize a sua legalidade, relaxando ou não a prisão, bem como examine o cabimento da norma do art. 310 do CPP; das representações por prisão temporária ou preventiva; de eventuais requerimentos de liberdade provisória formulados pelos investigados, etc.

29 - Dito de outra forma, a atividade investigadora se mostra incompatível com a imparcialidade que caracteriza a estrutura dos órgãos jurisdicionais (SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. La inidoneidad..., cit., p. 121 e 153).

30 - A expressão escolhida pelos redatores do Anteprojeto convertido no PLS /2009 e posteriormente renumerado, na Câmara dos Deputados, para PL 8.045/2010, foi "Juiz das garantias", e não "Juiz de garantias", não se identificando, todavia, nenhuma diferença semântica entre uma e outra.

31 - Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>. Acesso em: 20 dez. 2009.

Ainda no título da investigação criminal, o projeto de Código disciplina o que talvez seja uma das grandes novidades da proposta. Trata-se da figura do juiz das garantias, responsável último pelo controle de legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado (art. 15, *caput*).

Hoje, o juiz que participa da fase de inquérito policial torna-se prevento, isto é, será o mesmo juiz que proferirá a sentença, porque foi o primeiro a tomar conhecimento do fato (arts. 73, parágrafo único, e 83 do atual CPP).

O projeto de Código institui a figura do juiz de garantias para romper com essa lógica da prevenção. Com efeito, o juiz chamado a intervir no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso (art. 17). Trata-se, portanto, de um giro de 180 graus.

A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade.

Com efeito, a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juizados especiais.

Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.

Percebe-se que, caso seja aprovada tal proposição, além de inserir-se a salutar figura do Juiz garantidor em nosso sistema, ter-se-á também instituída a separação entre juiz natural da investigação (agora sinônimo apenas de juiz garantidor) e juiz do processo.

A presença do julgador nos autos das investigações penais dar-se-á, portanto, na figura do *Juiz das garantias*, não se concebendo atribuir-lhe poderes administrativos de investigação, seja porque tal atividade tende a ferir-lhe a garantia da imparcialidade[32], seja porque vai de encontro a uma realidade facilmente detectável: o juiz não tem pendor nem treinamento para investigar ou orientar investigações. A função que lhe cabe, dentro da estrutura do Estado, é a judicante, não fazendo sentido investi-lo também da função administrativa de investigação dos delitos, que lhe é estranha. Isso equivaleria, na prática, à mesma disfunção ocorrida nos países que deixam ao membro do Ministério Público, que é parte acusadora no processo penal, o poder de decretar prisões, nítida função jurisdicional[33].

A participação do juiz na etapa prévia, embora meramente contingente (porque a investigação pode iniciar-se, desenvolve-se e concluir-se sem a sua intervenção), será de suma importância, por representar a instância de controle judicial, quando a excepcionalidade do ato exigir autorização ou controle jurisdicional, ou ainda para salvaguarda dos direitos e garantias individuais daqueles envolvidos na investigação, sempre que ameaçadas ou vulneradas. A ele caberá conhecer dos mecanismos de impugnação dos atos da Polícia e do Ministério Público, além dos pedidos que visem afetar ou limitar os direitos dos indivíduos. Na investigação preliminar, enfim, a (única) função que deve reservar-se ao magistrado é a apreciação de medidas que digam com a afetação (restrição ou resguardo) de direitos fundamentais, seja do investigado, do ofendido ou de terceiros[34].

32 - A respeito, igualmente se pronuncia Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (*Igualdade*..., cit., p. 130): "O juiz que colhe a prova e assume a iniciativa da pesquisa da verdade aproxima-se das partes e corre o risco de preferir um interesse ao outro. A suspeição do juiz estará evidente quando a preferência a um dos interesses em conflito interferir nas medidas que adotar. Nesse caso, a suspeição substitui a imparcialidade necessária ao ofício jurisdicional".

33 - Nesse sentido, Arthur Pinto de Lemos Júnior (A investigação judicial no âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária e a titularidade da ação penal do Ministério Público. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 5, n. 2, jul./dez. 2004, p. 186) lembra que, pelo princípio acusatório, nosso sistema "impede que o Ministério Público determine medidas processuais penais que atinjam a liberdade ou intimidade do cidadão acusado, reservando tal mister ao juiz – de Garantias – de Direito. Ao mesmo tempo, tirou das mãos do magistrado o poder de dar início à ação penal e, por conseguinte, de avaliar o conjunto probatório das peças de informações ou do inquérito policial (...). Essa aferição fica reservada, tão-somente, ao instante processual de recebimento da denúncia".

34 - Sobre o papel do Juiz penal no decorrer das investigações preliminares e sua distinção das atividades de polícia judiciária, esclarecedoras são as palavras de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues (*Processo penal garantista*. Goiânia: AB, 1998, p. 45): "Ao judiciário incumbe a preservação das garantias constitucionais latejantes, não tendo ligações com a finalidade de tutelar a segurança pública. A função garantista é absolutamente incompatível com a da segurança pública e às vezes até mesmo contraditória a ela, porquanto em diversos momentos, a busca da segurança pública esbarra nas garantias fundamentais".

Uma vez que seja incorporada a figura do Juiz de garantias em nosso sistema, será preciso determinar, em cada seção judiciária (no caso da Justiça Federal de primeira instância), em cada Estado ou comarca (no caso da Justiça Estadual de primeira instância) e em cada Tribunal (quando for o caso de ações penais originárias de tribunais), o Juiz – ou Desembargador, ou Ministro – que ocupará tal papel. Tal função revela-se típica do juiz de primeiro grau, no curso do inquérito policial comum, ou do chamado "Relator" do inquérito, nas investigações envolvendo titulares de prerrogativa de foro.

A tarefa de pré-determinar o juiz natural da investigação preliminar (o juiz das garantias) deve ficar a cargo das normas de organização judiciária e dos regimentos internos de tribunais[35]. Haverá quem se oponha, trazendo à baila, nesse ponto, o corriqueiro argumento da "inaplicabilidade" ou "inviabilidade prática" do instituto em face da extensão territorial do nosso país ou do vasto universo de comarcas desprovidas de órgão jurisdicional permanente.

Todavia, há de se ter em mente que objeções meramente utilitaristas ou deficiências de ordem prática (financeiras, de pessoal, etc.) não autorizam nem legitimam o amesquinhamento de princípios processuais, como o da imparcialidade do juiz. Com efeito, pode-se facilmente remover tais entraves, porquanto se faz desnecessário que cada pequena comarca ou subseção judiciária – frações geográficas em que dividido o poder jurisdicional – tenha um juiz das garantias, bastando que se estabeleçam juízes garantidores para regiões maiores, como, por exemplo, um juiz de garantias para cada Circunscrição (no caso da Justiça Estadual) ou para cada Seção Judiciária (no caso da Justiça Federal), ou ainda para um grupo de subseções judiciárias, previstas sempre as hipóteses de substituição automática.

Com a definição do papel do Juiz das garantias, o controle do andamento da etapa preprocessual caberá, enfim, como já previsto na Constituição (art. 129, VII), ao Ministério Público (seja o de primeiro grau ou aquele em atuação perante o Tribunal competente para ações envolvendo sujeitos com prerrogativa de função). Nem mesmo a pretexto de coibir o uso de influências que possam alterar indevidamente o rumo dessa atividade justificar-se-á qualquer participação do Magistrado em atos investigatórios (os quais devem ser requisitados pelo Ministério Público e concretizados pela Polícia Judiciária) ou em despachos meramente burocráticos da investigação, incompatíveis mesmo com sua função garantidora de direitos fundamentais[36].

35 - Nesse sentido, está previsto no PLS 156/2009: "Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal".

36 - Exceção apenas ao procedimento de investigação *interna corporis* de magistrados, no qual ainda persiste em nosso sistema a anômala investigação de natureza *judicial*, com isso o magistrado Relator sendo a autoridade condutora do procedimento (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Mesmo nesse caso, todavia, aconselhável é que o papel de juiz garantidor seja deixado a outro magistrado do mesmo Tribunal, evitando, com isso, a paradoxal situação de

Assim se efetua a divisão do trabalho na investigação preliminar dos delitos, entre os diversos agentes estatais do sistema de justiça, construindo-se um procedimento afinado aos reclamos do processo penal acusatório, que permita à Polícia a discricionariedade regrada na realização dos atos investigatórios e ao Ministério Público, o controle externo dessa atividade, ficando ao Juiz das garantias apenas as matérias que impliquem reserva de jurisdição.

6. SEPARAÇÃO ENTRE JUIZ DA INVESTIGAÇÃO E JUIZ DO PROCESSO

Outro problema ligado à compatibilização da investigação preliminar ao sistema acusatório – e intrinsecamente atrelado ao primeiro, referente ao juiz das garantias – decorre da previsão, contida no art. 83 do CPP, de que o órgão julgador seja o mesmo que funcionou na fase investigativa.

Pela dicção do art. 83, "[v]erificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3.º, 71, 72, § 2.º, e 78, II, *c*)".

Nesse passo, a lei atribui ao magistrado que atuou em algum incidente do inquérito policial – quer autorizando medidas cautelares sujeitas à reserva de jurisdição ou controlando a legalidade dos atos da investigação em geral – a competência, por prevenção, também da ação penal[37]. O mesmo magistrado que foi provocado, na fase preliminar, a autorizar buscas e apreensões, decretar prisões preventivas, homologar ou revogar prisões em flagrante, etc. tem sua competência firmada, por prevenção, para uma futura ação penal. Assim, além de participar diretamente da fase pré-processual, será o competente também na etapa processual, cabendo-lhe analisar a viabilidade da acusação e, se for o caso, admitir a ação penal, presidir a instrução processual e julgar a causa.

o Relator determinar as medidas investigativas e valorar, ele mesmo, a sua juridicidade.

37 - Como exceção a essa regra, vale mencionar que o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região estabelece o impedimento do "juiz presidente do inquérito" (refere-se, portanto, apenas às investigações envolvendo magistrados, que, por natureza, são judiciais, como expressamente previsto na LC 35/1979) para a relatoria da ação penal. O art. 200 do Regimento dispõe: "O Desembargador Federal que conduzir a investigação não poderá ser o Relator da ação penal". Embora dirigido tal preceito, especificamente, ao procedimento investigatório relativo a delito praticado por magistrado, em que a identificação das figuras do investigador com o juiz da instrução processual tem reflexos ainda mais gravosos (podendo-se mesmo invocar, por analogia, o art. 252, I, do CPP, que torna impedido para a jurisdição no processo o magistrado que houver funcionado como autoridade policial), estamos em que tal impedimento deveria vigorar em toda e qualquer investigação preliminar, inclusive naquela de natureza policial, porquanto, inevitavelmente, o juiz atuante na investigação toma contato com a prova que ele mesmo autoriza realizar (caso, por exemplo, das medidas restritivas de direitos), tornando-se discutível a posterior isenção na valoração desses elementos.

A prevenção fixa a competência, satisfazendo-se com o fato de algum juiz, dentre vários a princípio competentes, haver praticado qualquer ato ou medida relativa à infração que se investiga, ou a uma das infrações (quando for o caso de conexão ou continência). Inspira-se na premissa de que melhor julga quem já teve um contato prévio com a causa, a situação e os atos praticados[38], não suplantando, porém, o peso dos seus inconvenientes sistêmicos.

A regra – seguida na persecução criminal em primeiro grau e também nos casos submetidos a foro por prerrogativa de função – não se compreende que guarde adequação à Carta da República, mercê de colidir frontalmente com o modelo acusatório, comprometendo a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial[39]. A concessão de poderes instrutórios ou de gestão ao juiz na fase pré-processual – seja pela atividade de reunir o material, seja por simplesmente estar em contato com as fontes de investigação, ou por autorizar a adoção de prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo ou interceptação telefônica – permite que ele realize diversos prejulgamentos no curso da fase preliminar, inclusive efetuando subsunções provisórias de fatos a normas penais. E esse mesmo juiz, imbuído naturalmente de ideias preconcebidas, frutos até de sua perspicácia, formará "pré-juízos" sobre condutas e pessoas, não sendo conveniente que prossiga na condução do processo penal com tal comprometimento subjetivo, justo a incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório.

Ao tratar do "princípio do juiz não prevenido", também conhecido como "o juiz que instrui não deve julgar", Andrés de Oliva Santos explica que não se trata de um princípio essencial, sem o qual não se possa, em nenhum caso, alcançar-se resultados justos, mas apenas uma garantia básica ou fundamental. Relata o autor que, na Espanha (país que ainda resguarda o juiz de instrução), a Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 relacionava problemas que continuam bem atuais, mencionando entre

38 - Essa a justificativa, por exemplo, *mutatis mutandis*, para o veto presidencial ao § 4.º do art. 157 do CPP, na redação da Lei 11.690/2008, que visava tornar impedido o juiz que conhecesse o conteúdo da prova declarada inadmissível. Segundo o veto, tal dispositivo iria de encontro aos objetivos de celeridade e simplicidade propagados pela reforma processual penal, podendo causar "transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por outro que bem sequer conhece o caso".

39 - Como se manifesta Juan Luís Gómez Colomer (La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 64, 2001, p. 211), o princípio acusatório garante, essencialmente, a imparcialidade do julgador, o que se atinge mediante a distinção entre as funções de instrução (ou investigação) e julgamento, que necessariamente hão de recair em órgãos distintos, pois o órgão decisório perderia sua imparcialidade se entrasse em contato com as fontes dos materiais do juízo sobre os quais versa o debate contraditório. Em verdade, não só o sujeito que investiga (entre nós, a autoridade policial) entra em contato com essas fontes materiais, mas também o magistrado que é chamado a atuar na investigação, homologando uma prisão em flagrante, decretando a prisão temporária ou preventiva no curso do inquérito, etc., em todo caso exercendo juízos de valor que carregará para a fase processual.

os "vícios capitais" do processo penal o de o juiz que instrui (o sumário – que constitui etapa investigativa naquele sistema) ser o mesmo que pronuncia a sentença, com todas as preocupações e prejulgamentos que a instrução fez nascer em seu ânimo. Inaugurava-se, então, um processo penal de instância única, dividido em duas fases cometidas a órgãos distintos, sendo que, na primeira, o juiz instrutor apenas preparava o juízo, este que só começaria com a abertura dos debates perante o Tribunal, estranho à instrução, para que julgasse com imparcialidade. Mas a Lei 3/1967 rompeu esse sistema e atribuiu a instrução e julgamento ao mesmo órgão, sob o simples argumento da rapidez na tramitação e decisão das causas, fomentando profunda crítica por destruir a imparcialidade do julgador[40]. Posteriormente, a situação foi revertida, com a Lei Orgânica 10/1980, pela qual a investigação (ou *instrução*) prévia procurou salvaguardar o princípio do juiz não prevenido.

Em benefício da garantia do juiz natural no processo penal e ao contrário do que prevê a regra do art. 83 do Código de Processo Penal, a prevenção deveria ser tida antes como uma causa de exclusão que de fixação da competência para o processo, de modo que o órgão jurisdicional competente para processar e julgar seja distinto daquele que haja participado da investigação. Essa, inclusive, a orientação já consolidada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo a qual a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, porque as atividades de investigação e de verificação e valoração dos fatos constituem atitudes mentais distintas e incompatíveis[41].

Impõe-se não perder de vista, ademais, a diretriz fundamental encartada nas Recomendações de Toledo[42]:

---

40 - *Jueces imparciales, fiscales "investigadores", y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1998, p. 13-19. A adoção do "juiz prevenido", explica o autor, dera-se por razões inerentes ao *utilitarismo judicial*, em virtude do qual as reformas processuais se regem primordialmente pelo que se pensa ser conveniente e útil aos órgãos jurisdicionais, tendo em conta suas necessidades, possibilidades, limitações e conveniências. No entanto, logo se demonstraram os desacertos do legislador, pois não se conseguiu diminuir sensivelmente a duração dos processos por delitos menos graves nem tardou a constatar-se uma sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais (Idem, p. 20-21).

41 -Trata-se de orientação adotada pela maior parte dos países europeus, que considera haver presunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor, a impedir-lhe de julgar o processo que tenha instruído. Nos casos principais, o *Piersack*, de 1.10.1982, e o *de Cubber*, de 26.10.1984, o TEDH asseverou que o juiz contaminado, seja por falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva, desperta a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Mais além, na Sentença 145, proferida em 28.10.1998, o Tribunal declarou violado o direito a um juiz imparcial pelo só fato de dois magistrados que não atuaram como juiz de instrução (ou seja, não praticaram a investigação direta), mas participaram do julgamento de recurso contra decisão interlocutória tomada no curso da investigação, também haverem participado do julgamento (LOPES JR., Aury. *Sistemas*..., cit., p. 167-168).

42 - RECOMENDAÇÕES de Toledo para um processo penal justo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4. n. 3, jul./set. 1994, p. 438.

> Recomendação 4. Na fase do julgamento, deve decorrer da presunção de inocência a exigência de imparcialidade do julgador. Esta pressupõe que a fase de investigação deva ser levada a cabo por uma entidade distinta daquela a quem cabe a fase do julgamento. Assim, o juiz do julgamento não deve participar em actos das fases anteriores. É ainda altamente recomendável, que o juiz do julgamento seja distinto daquele que decide sobre o recebimento da acusação.

Anote-se que o Código de Processo Penal da Itália, procurando adequar-se à normativa européia ditada pelo TEDH, prevê, no art. 34, os casos de incompatibilidade do juiz que emitir o provimento conclusivo da audiência preliminar para funcionar no processo e sentenciar o caso. A Corte Constitucional italiana declarou, por diversas vezes, a inconstitucionalidade por omissão desse preceito legal, por não haver consignado outros casos de incompatibilidade com relação à anterior atuação do juiz na *indagine preliminare*. Consagrou, assim, o princípio de que o juiz que atua na investigação preliminar está prevento e não pode presidir o processo, por ter comprometida a sua imparcialidade[43].

Tal princípio, enfim, consiste na exigência de que as decisões na investigação sejam tomadas e as fontes de prova sejam aportadas por órgãos distintos do julgador, pois, com ou sem referência ao princípio acusatório, a separação entre instrutor e julgador é uma exigência de desejável imparcialidade[44]. E, no sistema do juiz instrutor, o princípio do "juiz que instrui não julga" vige não tanto porque ele instruiu, mas porque decidiu sobre os incidentes da instrução preliminar[45].

De anotar-se, porém, que, aos olhos do mesmo TEDH, não perde a imparcialidade o magistrado que, na fase preliminar, se comportou tão-somente como juiz, resolvendo um conflito entre partes ao qual era alheio, como nos casos em que adotou decisões de decretação de prisão preventiva, ou praticou "atos inócuos" como receber declarações testemunhais sem emitir qualquer valoração sobre eles (Sentença de 24.5.1989, no *Caso Hauschildt*), ou mesmo decidiu sobre a viabilidade da acusação (Sentença de 22.4.1994, no *Caso Saraiva de Carvalho*)[46]. Nada obstante, conforme exposto, pensamos que tal juiz também se torna incompatível, do ponto de vista institucional (ou externo, ou objetivo), para julgar a causa.

Ainda que nosso sistema não seja o do juizado de instrução, é irrefutável que o magistrado que atua na investigação preliminar conhece dos fatos e os

43 - LOPES JR., Aury. *Sistemas*..., cit., p. 245-246.
44 - SANTOS, Andrés de Oliva. *Jueces imparciales*..., cit., p. 16-18.
45 - LOPES JR., Aury. *Sistemas*..., cit., p. 271.
46 - Cf., a propósito, SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. La inidoneidad..., cit., p. 140-143.

valora previamente, ao tempo em que profere inúmeras decisões importantes nos incidentes da etapa preliminar, entrando em contato com o material colhido e formando – quer involuntária, quer propositalmente – convicções sobre as provas que se vão reunindo[47]. Por isso, aqui, o princípio do juiz não prevenido torna-se igualmente exigível, para o resguardo da imparcialidade daquele que irá julgar a causa.

O nosso modelo, contudo, ainda não apresenta solução adequada para o problema. Não prevê a legislação um juiz exclusivo para figurar na investigação, apartando-o da função de julgar o processo, de modo a melhor adaptar-se à estrutura acusatória do processo penal. Far-se-ia necessária, no diagnóstico de Fauzi Hassan Choukr, uma reforma estrutural para cindir o juiz responsável pelo acompanhamento das investigações, com a função garantidora, daquele que efetuará o juízo de admissibilidade da peça acusatória e, por fim, do que realmente instruirá a ação penal[48]. Já segundo Aury Lopes Jr., o sistema dito "ideal" será aquele em que o próprio juiz de garantias, na fase intermediária[49]

47 - Ao tratar da influência das atuações investigativas na produção e valoração judicial da prova na fase do processo alemão (que já não contempla, na etapa preliminar, o juiz de instrução, sendo as investigações praticadas em grande parte pela polícia), Bernd Schünemann (La policía..., cit., p. 116-117) descreve que as atas da investigação, em que constam as declarações tomadas pela polícia, têm papel dominante, pois seu conteúdo exerce enorme influência sobre a formação do critério para ditar a sentença. Diz ele ter podido comprovar, em numerosos experimentos com juízes, que o só conhecimento do expediente já conduz a uma formação de pré-juízos por parte do juiz, de tal modo que informações novas e divergentes são desvaloradas. Em consequência, continua, a fase processual tende a uma mera repetição cerimonial e confirmação das atas policiais em que constam as declarações, sendo a explicação dada por duas teorias sócio-psicológicas: pela teoria da dissonância cognitiva, o indivíduo, na aspiração básica de estabelecer relações não-contraditórias entre seu conhecimento e suas opiniões, sobrevalora sistematicamente informações que confirmem uma hipótese anteriormente considerada correta, enquanto as informações opostas e divergentes são subestimadas; e segundo a teoria dos processos sociais de comparação, os seres humanos tendem a orientar-se conforme suas apreciações anteriores diante de situações pouco claras, mediante pessoas de referência tidas por ele como competentes (o juiz adotaria como pessoa de referência o promotor, e não o defensor).

48 - *Garantias*..., cit., 2006, p. 93.

49 - A existência de uma fase intermediária entre a etapa preliminar e o processo propriamente dito funciona como meio de controle judicial da opção feita pelo Ministério Público ao final da investigação preliminar: acusar ou abster-se da acusação. Não se situa mais na investigação propriamente dita. Nela, analisa-se, mediante prévia oitiva do sujeito passivo e uma sumária produção de provas, se existe base suficiente para a imputação e o início do processo. Em alguns sistemas, como no alemão, expressa-se mediante uma audiência judicial a que comparece o denunciado, podendo trazer provas e formular objeções, opondo sua resistência e com isso visando convencer o juízo e impedir o processo (cf. AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma em América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibañez, 1998, p. 32-33). No direito português, essa fase intermediária, que não é obrigatória (mas depende de requerimento do acusado ou do assistente de acusação), chama-se *instrução* (art. 286 do CPP português). Consiste numa garantia do imputado, porquanto propicia o debate contraditório dos interessados, com ou sem produção de prova, antes da decisão do juiz. O resultado desse debate perante o juiz pode neutralizar a acusação (cf. MOURA, José Souto de. Inquérito e instrução. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1998 p. 126-127). Na Itália, a fase intermediária é denominada de *udienza preliminare* (art. 416 do CPP italiano), celebrada em pleno contraditório: o Ministério Público expõe o resultado das investigações e fontes de prova em que se fundam o seu pedido, depois se manifestam os defensores do acusado, do responsável civil, da pessoa civilmente obrigada pela pena pecuniária e o próprio acusado. O juiz decide, por sentença, se arquiva o caso ou o envia a julgamento. O Ministério Público está obrigado a submeter o seu intento à audiência preliminar, mas o acusado pode renunciar à sua realização, solicitando a celebração do juízo imediato, embora tal situação seja escassa na prática (GARCÍA, Nicolás

e necessariamente contraditória, fará o juízo de pré-admissibilidade da acusação, a qual, uma vez admitida, dará início ao processo penal, sendo distribuída a outro magistrado, competente para presidir o processo e, ao final, julgar[50]. Nessa última postura, em lugar da tripartição, bastaria a bipartição dos órgãos judiciais responsáveis pelo acompanhamento das principais fases da persecução penal (investigativa e processual) com vistas à maior asseguração da imparcialidade objetiva, implicativa da ausência de ligação do juiz com o objeto do litígio, como elemento essencial para diferenciá-lo das partes[51].

Seguindo-se tal premissa, no direito brasileiro, ainda que o juiz prevento não atue como juiz instrutor, dever-se-ia proceder a uma mudança legislativa do critério da prevenção, excluindo-se a possibilidade de o juiz que funcionou na investigação criminal atuar na fase processual, abandonando-se, portanto, a regra da prevenção como determinante da competência no processo.

Nesse sentido é que o Projeto de Lei do Senado 156/2009 prevê o impedimento do juiz que atuou na investigação (o juiz das garantias, cuja competência vem listada, exemplificativamente, no art. 15 do Projeto), de funcionar no processo. Conforme a redação do art. 17 do PLS 156, "[o] juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo".

Ao juiz da investigação (o "juiz das garantias") caberá apenas a posição de garantidor dos direitos fundamentais na etapa prévia, não exercendo qualquer função que o aproxime do próprio objeto da investigação, menos ainda atividades assemelhadas à de investigador, nem sendo adequado presidir a fase processual.

Imperioso, assim, além de desincumbir o juiz da prática de atos de investigação ou de controle meramente burocrático do andamento da investigação preliminar, como já se expôs, apartá-lo da competência para processar e julgar a ação penal porventura intentada; entregar, com isso, ao juiz que funcione na investigação a competência para atuar nos incidentes jurisdicionalizados na fase investigativa, e de antemão excluí-lo da competência para processar e julgar a ação penal porventura adiante ajuizada.

Rodríguez; FERNANDES, Fernando Andrade. Orientações..., cit., p. 438-439).

50 - *Sistemas*..., cit., p. 271.

51 - O TEDH, ao decidir o *Caso Langborger*, em 22.6.1989, declarou que "Em matéria de imparcialidade, deve-se distinguir entre um aspecto subjetivo, que visaria determinar a convicção pessoal do juiz na situação de que se trata, e outro objetivo, dirigido a assegurar que se ofereçam garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a respeito". Inicialmente, a imparcialidade somente foi estudada do ponto de vista subjetivo, como ausência de pré-julgamentos e interesses pessoais e de pressupostos de recusa do magistrado, esquecendo-se do aspecto institucional (ou objetivo, na terminologia do TEDH), pelo qual se indaga se o ordenamento jurídico interno estabelece regras bastantes para garantir a imparcialidade do juiz. Daí a preocupação com que o direito interno, mediante normas de competência (no que se inclui a regra da prevenção), defina o aspecto objetivo do aludido princípio, mediante a previsão comportamentos institucionais desejáveis por parte do magistrado (SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. La inidoneidad..., cit., p. 143-145).

O juiz natural, na investigação preliminar, deve ser visto como o juiz exclusivo para os episódios de jurisdicionalização que se apresentem nessa etapa, órgão previamente determinado em norma constitucional, com atribuição esmiuçada em norma de organização judiciária ou de regimento interno, e com pleno resguardo de sua imparcialidade, para tanto sendo necessária reforma legislativa no sentido de superar-se a regra de prevenção do art. 83 do CPP e torná-lo impedido de presidir a instrução e julgar a causa, ou mesmo integrar, nos tribunais, como relator ou vogal, o órgão julgador da ação penal porventura desencadeada a partir daquela investigação.

CONCLUSÃO

Toda reflexão sobre o tema da investigação preliminar deve procurar amoldá-la a um procedimento em que se respeite o devido processo penal na sua vertente instrumental e também no seu aspecto substancial, visto ser a investigação prévia, nos dias atuais, uma garantia que se presta a proteger o indivíduo de acusações temerárias, havendo de se prever meios para que essa etapa possa cumprir a sua missão.

Sob os auspícios de uma Constituição democrática já vigente há mais de duas décadas, cremos que apenas uma diretriz procedimental é possível para a investigação criminal: deve dar-se perante os órgãos administrativos da persecução penal (a Polícia Judiciária e o Ministério Público), sendo "judicializada" apenas nos episódios que impliquem reserva de jurisdição, como são as medidas de restrição de direitos, para as quais a intervenção judicial é de rigor.

A participação do Poder Judiciário na etapa pré-processual da persecução penal somente se justifica quando chamado a resolver os incidentes que impliquem a afetação de direitos fundamentais dos envolvidos na investigação. É garantia própria da investigação criminal a intervenção de um juiz imparcial nos incidentes que reclamem judicialização, e, para o resguardo de tal imparcialidade, o juiz deve afastar-se dos atos próprios do inquérito, não lhe cabendo, por exemplo, indicar diligências investigatórias, filtrar diligências ordinárias requisitadas pelo Ministrério Público ou mesmo homologar cada ato praticado pela Polícia.

O debate é atual no meio jurídico brasileiro e, apesar da polêmica e sensibilidade inerentes ao tema, ele já ressoa no plano legislativo, na medida em que o Projeto de Lei 8.045, de 2010, originário do Projeto de Lei do Senado 156, de 2009, pela primeira vez no retrospecto das tentativas reformistas do CPP, reserva um juiz exclusivo para exercer a função de garante da investigação, impedido inclusive de atuar na fase processual.

A instituição, por lei, da figura do *Juiz das garantias* na investigação, já conhecida de vários outros ordenamentos ocidentais, e seu consequente impedimento em atuar na futura fase processual, configurará avanço do sistema brasileiro na direção de um processo penal mais igualitário e democrático, ressaltando-se o prestígio à imparcialidade objetiva do órgão julgador.

Necessária, por fim, para além das mudanças legislativas, uma profunda revisão da postura ainda adotada pelos protagonistas do processo penal, eliminando-se as principais incoerências com o modelo de processo anunciado na Constituição. Isso inclui, decerto, a indispensável absorção cultural, pelo Poder Judiciário, de sua real posição dentro do sistema acusatório de processo penal.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibañez, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo penal garantista*: visão constitucional e novas tendências. Goiânia: AB, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAZERTA, Therezinha Astolphi. Ação penal originária: apontamentos: reflexões. *Revista TRF 3.ª Região*, São Paulo, v. 80, p. 9-79, nov./dez. 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 12-13, jul./set. 2001.

FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. Dos princípios e garantias constitucionais do devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 239-1062.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez; FERNANDES, Fernando Andrade. Orientações fundamentais da fase preliminar do processo penal: uma análise comparativa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 5, n. 3-4, p. 419-444, jul./dez. 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-297.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 64, p. 205-245, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUZMÁN, Nicolás M. Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano: en particular, la novedosa estruturación de la fase de la investigación preliminar. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, v. B, p. 619-643, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação judicial no âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária e a titularidade da ação penal do Ministério Público. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 179-194, jul./dez. 2004.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

MOURA, José Souto de. Inquérito e instrução. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, p. 83-145, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de jurisdição*: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

RECOMENDAÇÕES de Toledo para um processo penal justo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 3, p. 437-441, jul./set. 1994.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad.

Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Jueces imparciales, fiscales "investigadores", y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 95-126, sep. 2001.

SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. La inidoneidad constitucional de jueces y fiscales para asumir la investigación oficial. In: *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 119-163.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 36, p. 435-492, apr./giugno 1993.

LIMITE DE PERMANÊNCIA DE MILITARES DO SEXO FEMININO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR TEMPORÁRIO DO QOCON E QSCON NO ÂMBITO DO COMANDO DA AERONÁUTICA

Limit of permanence of military women in the temporary military service of QOCON and QSCON in the ambit of the airforce command

Fernando Otero Caamaño
Bacharel em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco. Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau. Advogado.

RESUMO: Trata o presente artigo de análise da possibilidade jurídica de norma infralegal estabelecer limites de idade para permanência na prestação do serviço militar temporário de pessoas do sexo feminino no Comando da Aeronáutica integrantes do QOCon e do QSCon. Parte, inicialmente, dos pressupostos constitucionais para o estabelecimento do regime jurídico dos militares e da distinção constitucional entre homens e mulheres no cumprimento do serviço militar. Examina as normas que disciplinam o emprego de mulheres na Aeronáutica e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a viabilidade de normas infralegais estabelecerem limites de idade. Busca o motivo do Poder Executivo estabelecer um limite de idade no Regulamento da Reserva da Aeronáutica.

ABSTRACT: This paper analyses the juridical possibility of an infralegal norm to establish age limits for the permanence in temporary military service of women who are part of the QOCon and QSCon in the Airforce Command. Initially, I depart from constitutional assumptions to the establishment of military juridical regime and from the constitutional distinction between men and women in the undertaking of military service. Then, I examine the norms that regulate the employment of women in the Airforce, and the understanding of the Supreme Federal Court about the viability of infralegal norms to establish age limits. This paper seeks the reason why the Executive Power established an age limit in the Airforce Reserve Forces Regulation.

A novel Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) inaugurou um novo regime, no qual homens e mulheres são iguais, em direitos e obrigações. Tal inovação, reconhecendo a igualdade de gênero na sociedade contemporânea deve ser interpretada na forma que a Lei Maior estabelece (art. 5º, I, CR/88).

Sobre essa decisão soberana, o Poder Constituinte originário não deixou de ter em mira a necessidade de reconhecer as particularidades do gênero feminino, seja em sua constituição física, seja no exercício da maternidade, entre outras distinções que se façam necessárias para que a igualdade formal assegurada na Carta Magna seja traduzida no ordenamento jurídico em igualdade material. Por outro lado, também impôs distinções em razão de uma política de Estado, como, por exemplo, isentar as mulheres da prestação do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º, CR/88).

Fruto de lutas libertárias, as mulheres, cotidianamente, vêm buscando espaços no setor público, tradicionalmente destinado aos homens, a exemplo do que ocorre nas Forças Armadas. Dessa forma, a participação feminina nas instituições armadas federais é um fenômeno relativamente recente. No Exército, de forma pioneira, a partir de 1943, as mulheres passaram a fazer parte do contingente militar, empregado de forma temporária, na Segunda Grande Guerra Mundial, particularmente na área de saúde. No entanto, somente em 1992, passaram a integrar essa Força em caráter permanente.[1] Na Marinha, elas passaram a incorporar os quadros em 1980[2]; e, na Aeronáutica, em 1982.[3]

As militares, atualmente, ainda que de forma discreta, vêm adensando o contingente das três Forças Singulares, nos círculos de Oficiais e Praças em diversas áreas que exigem, cada vez mais, preparo físico e intelectual. Assim, hoje, já é possível contemplar uma Oficial-General na Marinha, aviadoras, especialmente na aviação de caça, na Aeronáutica e, em pouco tempo, combatentes no Exército, o que, até alguns anos, seria algo inimaginável.[4]

De acordo com a forma de ingresso, as mulheres podem seguir a carreira militar galgando todos os graus hierárquicos compatíveis com a sua habilitação ou podem ser empregadas de forma temporária, como, por exemplo, as médicas, farmacêuticas, dentistas e veterinárias (MFDV) que

1 - EXÉRCITO BRASILEIRO. **A história da mulher no exército**. Disponível em: <http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito>. Acesso em 02 jun. 2016.
2 - MARINHA DO BRASIL. **Mulher na marinha**. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/content/mulher-na-marinha-0>. Acesso em: 02 jun. 2016.
3 - FORÇA AÉREA BRASILEIRA. **Força aérea também é lugar de mulher**. Disponível em: < http://www.fab.mil.br/noticias/mostra/21673/DIA-DAS-MULHERES> Acesso em: 02 jun. 2016.
4 - DEFESANET. **Mulheres estão cada vez mais presentes nas forças armadas brasileiras**. Disponível em:<http://www.defesanet.com.br/defesa/noticia/9978/Mulheres-estao-cada-vez-mais-presentes-nas-Forcas-Armadas-brasileiras>. Acesso em 02 jun. 2016.

realizam o serviço militar voluntário e temporário. De toda sorte, mister que se estabeleça uma idade limite para que possam permanecer no exercício da atividade, considerando as peculiaridades da carreira e a elevada exigência no preparo físico e mental dos membros das Forças Armadas e as condições particulares do gênero feminino.

Se, no regime dos demais servidores federais, há um limite legal para permanência no serviço público, com relação aos militares, passa a ser um imperativo, sob a pena de se limitar a eficiência e a necessária renovação nos quadros de reservistas, contingente fundamental na eventualidade de se utilizar desses recursos humanos na defesa nacional.

Com relação às mulheres que prestam o serviço militar temporário, a questão que emerge é saber se é possível uma norma infralegal poderia estabelecer limites etários para permanência no âmbito do Comando da Aeronáutica, em face dos preceitos constitucionais em vigor que disciplinam o regime jurídico dos membros das Forças Armadas, ou seja, se o Poder Executivo poderia, no uso do poder regulamentar, estabelecer critérios para a permanência de militares do sexo feminino tendo em vista o fator etário.

O REGIME JURÍDICO DOS MILITARES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

As Forças Armadas (FFAA), constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições democráticas do Estado. Consoante o art. 142 da CR/88, a atribuição das FFAA se resumem na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais, bem como da lei e da ordem. Em razão dessas atribuições peculiares, os seus membros são regidos por normas especiais que, muitas vezes, são estranhas aos demais agentes públicos.

Embora façam parte da Administração Pública, jungidas aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, o ingresso de cidadãos de ambos os sexos nas Forças Armadas não se sujeita ao previsto, exclusivamente, no inciso II do art. 37 da CR/88, que exige, como forma de ingresso, a prévia aprovação em concurso público. Isso porque, em relação aos militares, faz-se necessário cotejar o dispositivo mencionado com o art. 142, § 3º, X e com o art. 143 e seus parágrafos. Com fulcro nos dispositivos mencionados, a lei pode estabelecer formas diversas de ingresso nas FFAA. Isso sem se perder de vista a compulsoriedade do serviço militar para os cidadãos do sexo masculino, ficando as mulheres isentas do serviço compulsório em tempo de paz.

O regime constitucional dos membros das Forças Armadas tem como fundamento basilar o art. 142. Entre diversas peculiaridades da normatização

do regime especial desses agentes públicos, o inciso X, §3º do artigo 142 prevê:

> Art. 142. *Omissis*. (...)
> §3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:
> (...)
> X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.[5] (sem destaques no original)

Portanto, em razão do preceito constitucional, somente a lei em sentido formal poderá reger as matérias elencadas.

Essa questão, que se identifica com o princípio da reserva legal, é tratada por José Afonso da Silva de forma esclarecedora, ao discernir a absoluta reserva constitucional de lei da relativa reserva constitucional. Veja-se:

> É *absoluta a reserva constitucional de lei* quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: "a lei regulará", "a lei disporá", "a lei complementar organizará", "a lei criará", "a lei poderá definir", etc.
> É *relativa a reserva constitucional de lei* quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa de *lei*, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente. Assim é quando a Constituição emprega fórmulas como as seguintes: "nos termos da lei", "no prazo da lei", "na forma da lei", "com base na lei", nos limites da lei", segundo critérios da lei".
> São, em verdade, hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisitos ou condições reservadas à lei. Por exemplo, é facultado ao Poder Executivo, *por decreto*, alterar alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito etc, *atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei* (art. 153, § 1º).[6] (sem destaque no original)

5 - BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
6 - SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros,1998, p.424 e 425.

Nessa esteira, Jorge Luiz Nogueira de Abreu conclui:

> Por conseguinte, as condições e critérios de ingresso nas hostes militares, incluindo-se a limitação de idade, só podem ser fixadas por lei em sentido estrito, de iniciativa do Presidente da República, para as tropas federais, e dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, para os militares estaduais e distritais, sendo defesa regulamentação por meio de ato administrativo normativo.[7] (sem destaque no original)

A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR FEMININO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Considerada a importância do tema, faz-se necessário percorrer os diversos diplomas legais que normatizam a prestação do serviço militar em suas múltiplas formas, particularmente os dispositivos que se refiram a limites etários.

Em sede infraconstitucional, a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas são disciplinados, basicamente, pela Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares - EM).

Os limites de idade para permanência na ativa, previstos no art. 98 do Estatuto, dizem respeito apenas aos militares de carreira, ou seja, aqueles que têm a estabilidade ou vitaliciedade assegurada, nos termos do §2º do art. 3º do EM, s quais têm direito à transferência para a reserva remunerada *ex officio*, não alcançando aqueles que prestam o serviço militar como temporários.

Em outra perspectiva, a fim de regular o serviço militar obrigatório, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar – LSM), positivada sob a égide da Constituição da República de 1946, estabeleceu, no art. 5º, que a obrigação para com o serviço militar para o cidadão começa aos dezoito anos e termina em 31 de dezembro do ano em que completa quarenta e cinco anos de idade.

Embora a LSM tenha previsto a possibilidade do cidadão prestar o serviço militar de forma voluntária (art. 5º, § 2º), não trouxe a previsão de uma idade limite para permanência no serviço.

Com relação às cidadãs, sob o pálio da Constituição de 1946, o § 2º do art. 2º da lei regente do serviço militar trouxe a previsão de que as mulheres, em tempo de paz, estavam isentas do serviço militar, ficando sujeitas a outros encargos do interesse da mobilização nacional. Embora a LSM tenha sofrido diversas alterações para adequá-la às necessidades dos tempos hodiernos,

7 - ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 283.

nada dispôs sobre a participação feminina no serviço militar na condição de temporárias.

No entanto, o Decreto nº 1.294, de 26 de outubro de 1994, dando nova redação ao § 2º do art. 5º do Regulamento da Lei de Serviço Militar (RLSM) passou a prever a possibilidade de que as mulheres prestassem o serviço militar como voluntárias.

Em razão das necessidades de aproveitamento de profissionais com formação superior nas áreas de saúde, foi promulgada a Lei nº 5.292, de 8 de junho de 1967, disciplinando a forma de prestação do serviço militar obrigatório de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários (MFDV), restando cristalino que as mulheres portadoras de diploma nessas áreas profissionais estavam isentas do serviço militar em tempo de paz, ficando sujeitas a outros encargos no interesse da mobilização (art. 1º, § 3º). Em suas alterações posteriores, não houve previsão da prestação de serviço de cidadãs como voluntárias que reunissem as condições de habilitação nessas áreas de interesse das Forças Armadas.

Todavia, o § 3º do art. 2º do Regulamento da Lei 5.292/1967, aprovado pelo Decreto nº 63.704, de 29 de novembro de 1968, com a redação dada pelo Decreto nº 1.294/1994, também trouxe a possibilidade das mulheres prestarem o serviço militar como MFDV.

Contudo, no âmbito do antigo Ministério da Aeronáutica (atual Comando da Aeronáutica), antecipando-se aos fatos e a fim de suprir as suas necessidades de recursos humanos em setores em áreas técnicas e administrativas, a Lei nº 6.924, de 29 de junho de 1981, já prévia a possibilidade das mulheres ingressarem nessa Força Singular, particularmente no Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica (CFRA), composto basicamente por alunas dos Quadros do CFRA; Quadro Feminino de Oficiais da Reserva da Aeronáutica - QFO; e Quadro Feminino de Graduados da Reserva da Aeronáutica – QFG (art. 2º).

No que tange aos limites de idade e permanência na reserva e na ativa, o art. 21 do texto normativo em tela remeteu essa previsão para o Regulamento da Lei.

Atendendo ao imperativo legal, o art. 41 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 86.325, de 1º de setembro de 1981, dispôs, de forma taxativa, as idades limites para a permanência no serviço ativo nos diversos graus hierárquicos de Oficiais (QFO) e Praças (QFG).

Considerando que esse Regulamento tinha como escopo regulamentar a situação de militares regidas pela lei mencionada, bem como a necessidade de regulamentar a participação do gênero feminino no Comando da Aeronáutica em outros Quadros distintos daqueles previstos na Lei nº 6.924/1981, o Poder

Executivo aprovou o Regulamento da Reserva da Aeronáutica que, pela sua relevância, merece um maior destaque.

O LIMITE DE IDADE PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR PELAS MULHERES NO REGULAMENTO DA RESERVA DA AERONÁUTICA

A fim de disciplinar a constituição e organização da Reserva da Aeronáutica, o Poder Executivo baixou o Decreto nº 6.854, de 25 de maio de 2009 (Dispõe sobre o Regulamento da Reserva da Aeronáutica). O art. 2º define que a Reserva da Aeronáutica é composta pelos militares da reserva remunerada, pelos cidadãos que se encontram no cumprimento do serviço militar e do serviço alternativo, e, conforme a legislação vigente, os cidadãos que tenham sido incluídos na Reserva da Aeronáutica, do que se depreende que a Reserva da Aeronáutica inclui as militares de carreira como as temporárias.[8]

Segundo o preceito regulamentar do art. 11, os voluntários que se apresentam para compor a R/2 (Reserva de Segunda Classe) passam a integrar o Corpo de Oficiais da Reserva da Aeronáutica ou o Corpo de Graduados da Reserva da Aeronáutica, desde que atendam aos demais requisitos regulamentares.

Consoante a formação profissional do voluntário, ao ser incorporado para a realização de Estágio, será declarado Aspirante a Oficial do Quadro de Oficiais da Reserva de Segunda Classe Convocados (QOCon) ou será declarado Terceiro-Sargento do Quadro de Sargentos da Reserva de Segunda Classe Convocados (QSCon) (art. 12, §§ 8º e 9º, respectivamente).

Sendo requisito fundamental a realização de Estágio de Adaptação, a duração será de doze meses, tanto das mulheres que compõem o QOCon como o QSCon (art. 12, § 3º).

De acordo com o art. 30 do referido Regulamento, considerando a prestação de serviço militar temporário, as prorrogações do tempo de serviço para os interessados podem ser concedidas, tendo, como fundamentos normativos, a legislação que versa sobre o serviço militar e as instruções expedidas pelo Comandante da Aeronáutica.

Nesse aspecto, o §1º do art. 31 do referido Regulamento estabeleceu, como limite máximo de prorrogação, em tempo de paz, a data de 31 de dezembro do ano em que o requerente completar 45 (quarenta e cinco) anos de idade, data de sua desobrigação para com o serviço militar. Daí se compreende

8 - De acordo com o art. 2º do Regulamento da Reserva da Aeronáutica, a Reserva da Aeronáutica é constituída pelos militares da Reserva Remunerada, pelos cidadãos cujo cumprimento dos dispositivos legais pertinentes ao Serviço Militar e ao Serviço Alternativo ficam vinculados à Aeronáutica e pelos cidadãos que, em conformidade com a legislação específica, tenham sido incluídos na Reserva da Aeronáutica.

que a idade limite para prestação de serviço temporário tem um limite etário.

A questão que se indaga, nesse momento, é se essa idade limite para permanência tem fundamento legal ou se foi uma inovação do Poder Executivo no exercício do poder regulamentar.

Examinando o fundamento legal para o Executivo regulamentar a constituição e a organização da Reserva da Aeronáutica, o preâmbulo do Regulamento retira dos seguintes dispositivos seu fundamento de validade: o art. 84, inciso IV, da Constituição; os arts. 10 e 12 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), o parágrafo único do art. 19 e art. 27 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (LSM), a Lei nº 5.292, de 8 de junho de 1967 (LMFDV), e a Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991 (Lei da Prestação do Serviço Alternativo).

De uma análise minudente dos textos normativos referidos, conclui-se que o Poder Executivo, entendendo que o legislador ordinário havia remetido à sua competência o disciplinamento dessa matéria, a fim de estabelecer uma idade limite para prestação do serviço militar temporário, tendo por amparo legal a previsão do art. 5º da LSM que, expressamente, dispõe que a obrigação para com o serviço militar termina em 31 de dezembro do ano em que o cidadão completar quarenta e cinco anos de idade.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTABELECIMENTO DE LIMITE DE IDADE PARA AS MILITARES POR MEIO DE NORMA INFRALEGAL

Como já mencionado alhures, a peculiaridade do regime militar não afastou a necessidade de que o regime jurídico dos cidadãos que integram as Forças Armadas em caráter temporário ou permanente observe as diretrizes estabelecidas na Lei Maior. Nesse contexto, limites de idade devem, de forma imperativa, observar o princípio da reserva legal, de acordo com o inciso X do § 3º do art. 142 da Constituição da República de 1988. Assim, limites de idade, direitos e deveres e outras situações especiais devem ser definidas em lei, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no RE 600.885, do qual se transcreve a ementa:

> O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda

> que por delegação legal. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão 'nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica' do art. 10 da Lei 6.880/1980. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011." (**RE 600.885**, rel. min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 9-2-2011, Plenário, *DJE* de 1º-7-2011, com repercussão geral.) **Vide**: **RE 600.885-ED**, rel. min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 29-6-2012, Plenário, *DJE* de 12-12-2012, com repercussão geral.[9]

Embora a decisão proferida pela Suprema Corte faça expressa referência ao limite de idade para ingresso nas Forças Armadas, em razão do caso concreto que ensejou a apreciação em sede de recurso extraordinário, está implícita, na fundamentação, que o entendimento se aplica a todas as matérias elencadas expressamente no art. 142, § 3º, X, CR/88.

Não se desconhece que é do interesse das Forças Armadas que seja estabelecida uma idade limite para as cidadãs prestarem o serviço militar, na condição de voluntárias. Todavia, a espécie normativa é a lei em sentido formal, como preconiza a regra do inciso X, § 3º, do art. 142, seguindo o procedimento previsto na letra "f" do inciso II do §1º do art. 61 da CR/88.

Dessarte, limites de idade mediante Decretos e Portaria do Comando da Aeronáutica não podem impor restrições à permanência de quem quer que seja no serviço público militar. Essas normas infralegais devem ter, como fundamento de validade em relação a essa matéria, a lei devidamente produzida de acordo com as normas previstas na Constituição.

Trata-se de afronta à legalidade, pois não tem amparo em lei no sentido formal, uma vez que a Lei de Serviço Militar (LSM) e o Estatuto dos Militares (EM) não estabeleceram limite de idade para prorrogação do tempo de serviço para militares temporários que integram o QOCon ou QSCon. Nenhuma dessas leis podem autorizar o Poder Executivo a estabelecer, em norma infralegal, um limite de idade para as mulheres prestarem o serviço militar, conforme assentou a decisão da Suprema Corte, com repercussão geral.

A desobrigação para com o serviço militar aos quarenta e cinco anos, previsto no art. 5º da LSM, somente tem como destinatários os cidadãos do sexo masculino. O Regulamento da Reserva da Aeronáutica, aprovado por um Decreto do Poder Executivo, não pode retirar desse articulado um pretenso

9 - Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201342. Acesso em: 02 jun. 2016.

fundamento de validade para dispor desse modo em relação às militares temporárias, posto que, em tempo de paz, estão isentas do serviço militar.

Maior gravidade pesa sobre a aplicação do dispositivo previsto no art. 31 do Regulamento da Reserva da Aeronáutica em confronto com a Constituição em vigor, em relação às militares, pois viola o inciso X do §3º do art. 142 da CR/88, que exige previsão de lei em sentido formal para os limites de idade. Afaste-se qualquer distinção entre militares de carreira ou não, uma vez que o Poder Constituinte originário não fez essa distinção. Nesse aspecto, trata-se de norma inconstitucional.

Também não se pode invocar a necessidade de um tratamento isonômico entre homens e mulheres, consoante o art. 5º, I da Carta Magna, posto que, como anunciado anteriormente, no que diz respeito ao serviço militar, por uma questão de política de defesa nacional, as mulheres continuaram sendo isentas do serviço obrigatório. Sendo assim, as cidadãs não podem estar jungidas aos preceitos da Lei de Serviço Militar, já que esta norma tem como objetivo estabelecer os preceitos básicos para a prestação do serviço militar obrigatório pelos cidadãos do sexo masculino. Daí, decorre a necessidade de se disciplinar a prestação do serviço militar temporário pelas mulheres por meio de lei distinta daquela direcionada aos homens.

Não se pode deixar de mencionar que o entendimento defendido não afasta o poder regulamentar ou normativo do Poder Executivo, efetivado pelos órgãos competentes, uma vez que a própria Constituição contempla essa possibilidade (art. 84, IV e VI). A questão é que determinadas matérias elencadas pela Lei Maior devem, necessariamente, ser veiculadas por intermédio de lei em sentido formal.

Por ser um tema sensível e de repercussão nas Forças Armadas, particularmente ao Comando da Aeronáutica, que, basicamente, normatiza diversas matérias por meio de regulamentos, é oportuno trazer à lume o entendimento de Jorge Luiz Nogueira de Abreu sobre a atividade regulamentar no âmbito das Forças Armadas. Sobre os regulamentos *executivos*, assim se manifesta:

> O regulamento *executivo* sofre algumas limitações quanto à: a) forma, vez que o regulamento deve ser veiculado, necessariamente, por meio de decreto; b) constitucionalidade, pois há matérias cujo disciplinamento está adstrito ao campo da reserva legal, por força de expressa previsão constitucional, como nos casos de prisão decorrente de crimes propriamente militares e de transgressão disciplinar, de fixação de condições ao ingresso nas Forças Armadas, limites de idade, transferência do militar para a inatividade, remuneração, estabilidade,

> prerrogativas, etc. Não deve, também, exceder os limites da função executiva, o que significa dizer que não pode substituir a função legislativa formal (do Poder Legislativo), modificando , ou ab-rogando leis formais, de outro lado, não pode ultrapassar as fronteiras da lei que explica, dispondo *ultra* ou extra *legem* (Cf. Conflito entre poderes, 1994, p. 74). Ao poder regulamentar é vedado também restringir preceitos da lei.[10]

No que se refere aos regulamentos *autônomos*, assim depõe o autor:

> Por outro lado, na regulamentação *autônoma*, há verdadeira inovação na ordem jurídica. Inicialmente, a Constituição Federal de 1988, ao condicionar a expedição de decretos à fiel execução da lei (art. 84, IV), excluiu a possibilidade de regulamentação autônoma. No entanto, com a Emenda Constitucional 31/2001, reestabeleceu-se o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a do art. 84, VI, da CF/1988.[11]

E por fim, com relação ao regulamento *delegado* ou *habilitado*, assim se posiciona:

> Há, ainda, o chamado regulamento *delegado* ou *habilitado*. Nestes casos, o Chefe do Poder Executivo, com base em autorização legal, regulamenta matéria reservada à lei. Esse tipo de regulamento não é admitido em nosso sistema jurídico, por materializar verdadeira burla ao princípio da reserva legal. Tomemos como exemplo o art. 5º, LXI, da CF/1988, que reserva à lei definir as transgressões disciplinares e crimes propriamente militares punidos com prisão. O legislador infraconstitucional não poderá se esquivar dessa obrigação constitucional, delegando-a ao Chefe do Poder Executivo.[12]

Outra não pode ser a conclusão de que as matérias definidas no inciso X, § 3º, do art. 142, da CR/88, somente podem ser definidas por meio de lei em sentido formal, sob pena de ofensa à Constituição. Definidas em lei, emerge para o Executivo o dever de disciplinar a forma de execução da lei no âmbito de cada Força Singular.

10 - ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 64 e 65.
11 - *Ibidem,* p. 65.
12 - ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 65.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 inaugurou um novo ordenamento jurídico no qual se assegurou aos homens e mulheres a esperada igualdade. Todavia, essa deve ser sempre interpretada nos termos da própria Lei Maior, sob pena de se lançar por terra o espírito que animou o Poder Constituinte no sentido de promover a necessária isonomia de gênero.

As conquistas advindas da Carta Magna não foram fruto do acaso. Decorrem de lutas em busca da igualdade material promovidas pelas mulheres ao longo do século passado.

As Forças Armadas, órgãos sensíveis para a defesa nacional, também foram atingidas pelos benfazejos ventos dos movimentos contemporâneos de acesso aos corpos militares. Se, hoje, não são a maioria, em atenção à proporção na sociedade brasileira, estão, a cada dia, conquistando mais espaços antes exclusivos dos cidadãos brasileiros e ocupando cargos em diversas posições na Marinha, no Exército e na Aeronáutica, seja de forma temporária, seja de forma efetiva.

Pela peculiaridade da natureza do serviço militar, coube ao legislador constitucional disciplinar a forma como direitos, deveres e outras situações fossem realizadas, assegurando segurança jurídica tanto para as Instituições bélicas, como para os cidadãos que nelas ingressam para prestar serviço. Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 600.885, com repercussão geral.

Nesse contexto, as mulheres que ingressam, sempre, no Comando da Aeronáutica de forma voluntária, devem ter um disciplinamento legal que atenda aos comandos normativos da Constituição da República de 1988, tendo um tratamento desigual em relação ao do sexo masculino, considerando a obrigatoriedade do serviço militar.

Em razão da natureza do serviço militar temporário e voluntário prestado pelas cidadãs, os preceitos relativos ao serviço militar obrigatório, destinados fundamentalmente aos homens, não podem ser estendidos, de forma desarrazoada, às mulheres. Assim, a limitação para permanecer no serviço militar somente até aos quarenta e cinco anos, sem amparo em lei em sentido formal, viola o princípio da legalidade e, de forma mais grave, viola a Carta Magna, ensejando, nos casos concretos, a intervenção do Poder Judiciário para o restabelecimento da ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Constituição (1988**). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

DEFESANET. **Mulheres estão cada vez mais presentes nas forças armadas brasileiras**. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/defesa/noticia/9978/Mulheres-estao-cada-vez-mais-presentes-nas-Forcas-Armadas-brasileiras>. Acesso em 02 jun. 2016.

EXÉRCITO BRASILEIRO. **A história da mulher no exército**. Disponível em: <http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito>. Acesso em 02 jun. 2016.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. **Força aérea também é lugar de mulher**. Disponível em: < http://www.fab.mil.br/noticias/mostra/21673/DIA-DAS-MULHERES> Acesso em: 02 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros,1998.

MARINHA DO BRASIL. **Mulher na Marinha**. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/content/mulher-na-marinha-0>. Acesso em: 02 jun. 2016.

AÇÕES DE SAÚDE CONTRA O PODER PÚBLICO: ENSAIO DE UM ROTEIRO DECISÓRIO.

Legal health issues filed against the government: essay of a decision guide.

Francisco Glauber Pessoa Alves
Juiz Federal Presidente da Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte
Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC)

RESUMO: O presente trabalho busca estabelecer padrões mínimos de enfrentamento das questões legais da saúde movidas contra o Poder Público no direito brasileiro. Para tanto, utilizamos fontes de informação aprimoradas, visando propiciar decisões mais técnicas e específicas. Usamos um ponto de vista que utiliza pesquisas e informações médicas, além da questão jurídica. Também é defendido que o juiz considere o aspecto macro, especialmente as opções de políticas públicas legitimamente feitas pelo administrador. Ao final, é apresentado um roteiro decisório.

Palavras-chave: Questões legais de saúde. Poder Público. Brasil. Padrões mínimos decisórios.

ABSTRACT: This paper seeks to establish minimum standards of coping with legal health issues filed against the government in brazilian law. For this purpose, we use the improved information sources, in order to provide more technical and specific decisions. We bring a point of view that uses researches and informations medical, beyond the legal issue. It is also

argued that the judge consider the macro aspect, especially the legitimate choices of public policy legitimately made by the administrator. At the end, it presents a decision-making guide.

Keywords: Legal health issues. Public government. Brazil. Decision-making minimum standards.

I. INTRODUÇÃO.

Há uma aparente desuniformidade quanto às decisões que envolvem saúde e a extensão da responsabilidade pública, ora pendendo para a fundamentação estritamente dogmática e genérica (e, portanto, teórica), ora para uma melhor aquilatação de dados fáticos diversos que possam influenciar o direito aplicável à espécie. O campo cinzento entre a negativa geral (menos comum) e a concessão geral (mais presente) é, basicamente, o que configura níveis de *desconforto decisório*.

De fato, é usual a referência simples ao direito constitucional à saúde como fórmula de resolução de lides de tal jaez. Mais do que uma deficiência na fundamentação decisória, de resto ofensiva à Constituição Federal (art. 93, IX[1]), essa peculiaridade parece indicar outro problema, mais agudo: a própria formação do julgador para enfrentar demandas tão específicas.

Não se descura do drama ao qual são submetidos os magistrados ao decidirem tal matéria. O princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV[2] da Constituição Federal – CF) permite, no direito brasileiro, acentuada presença do Judiciário na resolução dessas demandas que, na origem, derivam de um problema, sobretudo, da função executiva.

Surge, portanto, um complexo contexto multidisciplinar muitas vezes tangenciado – até mesmo por força das circunstâncias – pelo juiz, com componentes diversos que merecem abordagem. O *primeiro componente* é o carecimento, por parte do julgador, da visão do administrador. As políticas

1 "Art. 93.
(...)
IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

2 "Art. 5º.
(...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

públicas – da qual a saúde é apenas uma delas – são traçadas a partir de demandas político-sociais, opções discricionárias e orçamentos finitos. Informações e assessoramento específicos orientam os administradores na formulação dessas políticas. Muitos são profissionais, com anos de experiências. O direcionamento de esforços, programas e recursos (estes também sujeitos à aprovação orçamentária pelos poderes legislativos de cada ente federativo) é feito sob esta ótica, de forma a garantir universalidade e igualdade de atendimento. Há, então, uma visão macrossistêmica que é desconhecida – diria até mesmo indiferente – ao magistrado nas contendas individuais que lhe são postas. Ao determinar, no varejo, políticas públicas, o julgador finda por influir profundamente na realização, por atacado, das mesmas políticas públicas, influindo profundamente numa atividade que é gerencial e ontologicamente executiva.

Um *segundo componente* é a questão técnica propriamente dita. A formação médica e a base científica são exigências muito presentes e peculiares. Opiniões diferenciadas, indicações calcadas em posições individuais com ou sem lastro em estudos científicos, singelo empirismo e situações quejandas, tudo isso é algo que acentua, em muito, a dificuldade nesses assuntos. Por vezes, nem mesmo a posição do perito médico permite resolver o caso concreto num nível de cientificidade suficiente. Embora respeitada a posição médica individual, há toda uma malha de estudos e especialistas em medicina e áreas afins nos centros de pesquisa que, no essencial, propiciam prescrições e protocolos clínicos mais experimentados, gabaritados e acertados do que indicações individuais de tratamentos, medicamentos, procedimentos etc.

O *terceiro e talvez o mais importante componente do problema* é de natureza humana: o peso, sob os ombros do julgador, de negar um tratamento específico a alguém sob risco de morte. É quase um xeque-mate. A negativa de uma decisão, liminar ou definitiva, pode importar na perda do direito autoral à vida – quando menos a uma situação de saúde mais confortável. É o que se chama de "escolha trágica". Dito dessa forma simples, parece não haver muita dúvida a um leigo quanto ao direito infinito à saúde. Porém, juízes devem decidir dentro do universo de princípios jurídicos, muitas vezes mal compreendidos ou antipáticos a opiniões alheias à profissão, e não por conforto psicológico.

A acentuada ineficácia do Sistema Único de Saúde (SUS) reflete-se cada vez mais na ampliação do número de ações que discutem fornecimento de tratamentos, procedimentos e medicamentos na esfera judicial. Esse crescente volume de demandas judiciais de saúde associado à ausência de parâmetros decisórios mais seguros deram ensejo, inclusive, à iniciativa do CNJ no sentido de traçar padrões de enfrentamento dos problemas surgidos, englobáveis no chamado *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*. Ali asseverou-se:

> A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009) . Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.
>
> O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 40 de 25 de março de 2014) e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo. (2016, acesso eletrônico).

Essa postura importantíssima do CNJ deu-se a partir de importante precedente do STF (Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), no qual foram realizadas audiências públicas diversas. Ocorreram, então, a *I e a II Jornadas de Direito da Saúde*, onde assuntos pertinentes foram discutidos e Enunciados aprovados. Essa base mínima de conhecimentos, hauridos pela interação do Judiciário com a classe médica e científica, bem como com gestores públicos, produziu um manancial de conhecimento a subsidiar

maior grau de certeza no que se refere a boa parte das demandas. A partir dessa iniciativa, uma jurisprudência mais sensível e aperfeiçoada começou a ser produzida. Também uma gestão pública mais atenta aos efeitos da judicialização da saúde foi inevitável, posto que a partir dela os orçamentos tiveram de ser planejados e executados a partir. Acima de tudo, a intensificação de embasamentos técnicos junto aos argumentos jurídicos alargou-se.

Nossa atuação judicante junto à Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte trouxe-nos uma razoável magnitude das muitas dificuldades, a partir de problemas isolados e/ou comuns aos três entes federativos. Um sistema público de saúde ineficiente finda por refletir na atuação do Judiciário. Tais problemas de gestão pública da saúde, a afetarem, em maior ou menor intensidade, todo o país, conduziram-nos a uma maior intimidade com o assunto.

Este ensaio é uma tentativa de demonstração de que já é possível falar-se em *standards* decisórios para parcela significativa das pretensões. Nele, rapidamente, exporemos uma base teórica para, em sequência, avançarmos propriamente na proposta: um roteiro mínimo fiável para julgamento das demandas de saúde. Há limitações de espaço e de exemplificações do cotidiano forense, donde assinalamos, de logo, que aqui apresentamos uma partida e não uma chegada. Também por ensejar uma abordagem específica, não trataremos aqui das questões atinentes à saúde suplementar, que envolvem planos de saúde privados. Ao cabo, apresentaremos nossas conclusões.

II. PREMISSAS DOUTRINÁRIAS.

Há previsão constitucional do direito à saúde, sendo claro o art. 196: *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Assim, temos liames de: a) atuação visando redução do risco de doença e agravos outros; b) acesso universal; c) igualdade de acesso dos serviços.

Não sendo de teorização a proposta deste ensaio, mas, ao reverso, de tons pragmáticos, cumpre registrar as linhas regenciais sobre o assunto.

Considerando que muito dessa teoria já vem sendo estudada há anos[3], crucial estabelecer uma ligação sua com os problemas concretos. Já havíamos enfrentado um pouco do assunto em obra anterior (2013, 97-105).

O atual problema da implementação de políticas públicas pelo Judiciário está umbilicalmente ligado ao dogma do princípio mor da nossa Constituição Republicana: o da tripartição de funções (art. 2º). A ele objeta-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, igualmente na *Lex Mater*)[4]. Ou seja, contrapõem-se dois princípios constitucionalmente assegurados. O que fazer?

A resposta vem da doutrina de Alexy, para quem a conflitância entre um princípio não torna o outro nulo[5]. E a preponderância do princípio da inafastababilidade dar-se-á, sempre de forma comedida, na proporção em que a Administração não esteja cumprindo a contento sua função. Não haverá e nem muito menos será desejável um Judiciário que simplesmente, em exercício de megalomania, arvore-se para si o direito/dever de administrar, inclusive observando-se juízos de conveniência e oportunidade que se difíceis ao administrador, à frente propriamente dita da máquina burocrática, muito mais serão ao julgador, que não é normalmente vocacionado a isso, como vem comprovando a história.

Os problemas orçamentários são tão presentes que essencialmente informam a chamada "reserva do possível" ao lado da razoabilidade, que devem necessariamente estar presentes e serem sopesadas pelo julgador, sob pena de arbítrio judicial. Essa a tese acolhida no seio do STF[6]. Por "reserva

3 Para uma visão mais alargada, vide, por exemplo: Alexy (2008, passim); Barroso (s.d., passim); Canotilho (1999, passim); Costa, S. (2013, p. 345-370); Duarte (2011, passim); Dworkin (1999, passim); Grinover (2011, p. 125-150); Ramos (2012, passim); Sadek (2013, 305-312); Sarlet (2009, passim); Sunstein e Holmes, 2004, passim; Valle (2009, p 21). Mais recentemente: Araújo (2015, p. 59-66); Caldo (2015, p. 507-523); Ferreira Filho (2015, p. 67-81); Kim (2015, p. 165-187); Maldonado (2015, p. 189-212); Melo Filho e Duarte Neto (2015, p. 131-141); Tesheiner e Thamay (2015, p. 129-143); .

4 "Nesse passo, vê-se a discricionariedade como um terreno relativamente interditado à atuação judicial. Em outras palavras, o mérito dos atos que concretizam (ou não concretizam) políticas públicas é suscetível de controle judicial, excepcionalmente. As técnicas jurídicas que podem viabilizar, legitimar e conferir consistência a tal controle são diversas. Mencionam-se as mais expressivas e já consolidadas em nosso Direito: as teorias dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (COSTA, F., 2005, p. 40-53).

5 Alexy (2008, passim). Consultar, ainda, Canotilho (1999, p. 1086 e ss).

6 "EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS,

do possível" há de se entender, essencialmente, razoabilidade da pretensão deduzida *e* existência de disponibilidade financeira (contexto ignorado, muitas vezes, nas decisões judiciais).

O STF tem dado bastante amplitude à defesa do direito à saúde, sob os mais diversificados contextos: a) ao reconhecer ao Judiciário o poder de determinar o fornecimento de tratamento de saúde[7] e medicação[8] quando o executivo não o forneça adequadamente; b) ao assentar a solidariedade entre os entes federativos para tanto[9]; c) ao viabilizar o bloqueio de verbas

---

QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)" (STF, ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, monocrática, DJ 29.04.2004).

7 "EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MG-RG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento" (STF, 1ª. T., AI 824946 ED/RS, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17/09/2013).

8 "EMENTA: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (STF, 2ª. T., RE 716777 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJe 16/05/2013).

9 "EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. DECISÃO EM SENTIDO DIVERSO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.01.2010. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que

públicas quando o Estado se negar a fornecer medicamentos[10]; d) ao confortar a judicialização do direito à saúde[11].

Essa evolução jurisprudencial é a marca de um Judiciário que procura revisitar os valores constitucionais de modo a adequá-los à realidade atual, em compasso com a nossa Constituição Federal. Esse padrão não é seguido, por exemplo, pelo tribunal constitucional português[12], o que demonstra o caráter dinâmico do STF e do direito brasileiro.

Daí que, por mais nobre que seja a intenção, *a disponibilidade financeira é algo que sempre há de associar-se à razoabilidade da pretensão trazida a juízo*, sem o quê ter-se-á uma decisão deslegitimada à luz dos princípios constitucionais diversos que necessitam ser sopesados. Em tempos onde cada vez mais as Constituições assumem relevo como norte básico dos

---

lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido" (STF, 1ª. T., RE 626382 AgR/RS, rel. Min. Rosa Weber, DJe 11/09/2013).

10 "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido" (STF, 1ª. T., AI 553712 AgR/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 05/06/2009).

"EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado" (STF, 2ª. T., AI 597182 AgR/RS, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/11/2006, p. 42).

11 "EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, Pleno, SL 47 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010).

12 Canotilho (1999, p. 1086 e ss).

ordenamentos jurídicos, desenvolveu-se uma hermenêutica peculiar ao direito constitucional, a chamada *hermenêutica constitucional*:

> Justifica-se, ainda, a existência de uma hermenêutica constitucional pela presença da denominada jurisdição constitucional, determinada a aplicar, a fazer valer a Constituição como norma suprema. O controle abstrato-concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que da hermenêutica jurídica merece destaque aquela dedicada à questão constitucional. (TAVARES, 2013, p. 180).

Muito a propósito, já se ressaltava:

> O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 2003, p. 151).

Ou ainda a pena autorizada de Canotilho:

> A investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma operação de determinação (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional. Em primeiro lugar, os elementos linguísticos das normas constitucionais são, muitas vezes, polissêmicos ou plurissignificativos (exs.: os conceitos de Estado, povo, lei, trabalho, têm vários sentidos na Constituição). (1999, p. 1142.).

A interpretação constitucional deve levar em conta também alguns princípios próprios, dada a magnitude do seu valor na ordem jurídica. Dentre outros importantes, temos os princípios da *máxima efetividade* (impõe que seja atribuída à norma constitucional a maior eficácia possível) e também da *concordância prática* (impõe a coordenação e combinação dos

bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros), conforme (CANOTILHO, 1999, p. 1148-1151).

A atividade mais complexa é não só fazer o juízo de ponderação entre os direitos fundamentais diversos, mas, sim, como concretizar o direito fundamental prestigiado. Daí o nascedouro do chamado ativismo judicial, bem delineado:

(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menores rígidos os que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO, s.d., acesso eletrônico).

Feito esse resgate, vale destacar, inclusive, que à luz da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil), há uma clara exigência de melhor fundamentação no que tange aos conflitos entre princípios constitucionais[13]. Temperam Nery Jr. e Nery (2015, p. 1156) que a

13 "Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
§ 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

norma contida no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil incipiente respeita *exclusivamente* aos direitos fundamentais e entre princípios constitucionais. Destacam os autores que a hermenêutica jurídica clássica ainda aplica-se às normas jurídicas em geral, ou seja, *aos casos que não envolvam direitos fundamentais e princípios constitucionais*. É certo que em um modelo de Constituição analítica[14] ou prolixa como é o brasileiro, uma diversidade de direitos e princípios encontram-se constitucionalizados, o que parece propiciar uma atividade decisória extremamente atada à hermenêutica constitucional desde a base jurisdicional (primeira instância) até as derradeiras cortes de julgamento. Há, conforme a doutrina constitucional, um modelo expansivo[15].

Nessa linha, bem discutida essa hermenêutica no direito constitucional, já houve sua incorporação na esfera da processualística, que defende postulados próprios para fundamentação dos princípios, como o da ponderação (AMARAL, 2015, p. 594; CUNHA, 2015, p. 1236). Assim, uma vez existentes conflitos normativos ou mesmo algo mais profundo, o conflito entre princípios constitucionais, toca ao julgador fundamentar a decisão, esclarecendo claramente o conflito e porque aplica ou deixa de aplicar determinada norma ao caso concreto.

Porém, o que é mais difícil sindicar concretamente nas demandas de saúde não é tanto o aspecto jurídico (ninguém há de negar a ninguém o direito à saúde, numa esfera mais simplista), *mas o aspecto multidisciplinar e macro*. Por exemplo, a concessão de tutelas judiciais pode inviabilizar

---

§ 3º. A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé".

14 "As Constituições analíticas, também chamadas prolixas, extensas, inchadas, amplas, minuciosas, detalhistas ou desenvolvidas, acabam extrapolando, descendo a certas minúcias, contemplando grande número de regras jurídicas. É o caso da Constituição brasileira de 1988 e da Constituição da Índia, de 1950, com mais de 400 artigos.

Esta última espécie tem sido seguida pela maior parte dos países. As razões apontadas para o surgimento da Constituição analítica são: a indiferença, que se tem transformado em desconfiança, quanto ao legislador ordinário; a estatura de certos direitos subjetivos, que estão a merecer proteção juridicamente diferenciada; a imposição de certos deveres, especialmente aos governantes, evitando-se o desvio de poder e a arbitrariedade; a necessidade de que certos institutos sejam perenes, garantindo, assim, um sentimento de segurança jurídica decorrente de rigidez constitucional" (TAVARES, 2013, p. 173).

15 "A Constituição de 1988 inscreve-se no grupo das Constituições expansivas, distanciando-se da brevidade que caracterizou a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891. Causas numerosas, explicam o crescimento, nem sempre razoável da matéria constitucional, com sacrifício de sua limitação aos domínios clássicos da organização dos Poderes do Estado e da Declaração dos Direitos e Garantias Individuais" (HORTA, 2003, p. 207).

orçamentos públicos pensados e aprovados para garantir um mínimo a todos – afinal, o máximo a um pode prejudicar o mínimo de alguns. Curial observar que, numa senda de finitude de recursos públicos, não há direito universal ao melhor tratamento de saúde possível. *Há, evidente, um direito a um tratamento razoavelmente eficaz, mas não ao mais eficaz, porque nenhum sistema público de saúde propicia isso no mundo* e o Brasil, ainda com longo caminho a percorrer em termos de desenvolvimento, não se pode dar a esse luxo.

Não faltam dados a subsidiarem a crescente destinação de recursos orçamentários para atender às decisões judiciais. Conforme matéria publicada no jornal Folha de São Paulo (2014, acesso eletrônico), o Estado de São Paulo atendia 39.150 (trinta e nove mil cento e cinquenta) demandas judiciais de saúde. O gasto em 2013 foi de R$ 904,8 milhões, mais que o dobro do valor desembolsado em 2010. Entre 2009 e 2012 houve alta de 25% nas ações contra a União, de 10.486 (dez mil quatrocentos e oitenta e seis) para 13.051 (treze mil e cinquenta e um), com gastos saltando de R$ 95 milhões para R$ 355,9 milhões. Não é pouco. Na mesma matéria, entrevistados de diversas áreas levantaram pontos importantes sobre o assunto: a) dois terços das ações judiciais contra o SUS no Estado de São Paulo para aquisição de remédios são iniciadas por pessoas com convênios médicos ou que frequentam clínicas particulares, conforme levantamento da Secretaria Estadual de Saúde; b) a judicialização da saúde acarreta o direcionamento de recursos da população mais pobre para beneficiar quem tem mais recursos, conforme destacaram o então Ministro da Saúde, Arthur Chioro, e o Secretário Estadual de Saúde, David Uip; c) as ações se concentram nas áreas ricas e em tratamentos de alto custo (conforme dados da Escola de Saúde Pública de Harvard, EUA); d) por vezes, há fornecimento de tratamentos discutíveis (*off label*) e onerosos do ponto de vista médico-científico (Secretário Estadual de Saúde, David Uip); e) o efeito ambíguo de pressão para os planos de saúde e o SUS expandirem as coberturas, mas também para que a indústria force a entrada de remédios e procedimentos, com ou sem efetividade comprovada, consoante indicado por Lygia Bahia, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O texto ressaltou a importância da criação de Câmaras Técnicas (sobre o que voltaremos a tratar mais adiante) com profissionais da saúde, do Ministério Público e do Judiciário para avaliação com base em evidências científicas.

Algo similar aconteceu no Rio de Janeiro, onde, segundo o site do Tribunal de Justiça (2015, acesso eletrônico), houve o aumento da procura da Justiça para resolver essa questão. Em 2007, foram 12.208 (doze mil duzentos e oito) casos, enquanto em 2014 foram registrados 29.970 (vinte e nove mil novecentos e setenta) processos, o que levou o governo do Estado a criar estrutura própria dentro da Secretaria de Estado de Saúde (SES) para melhor atender essa demanda, buscando mais agilidade e otimização de recursos. Somente em 2014, a estrutura criada pelo Rio de Janeiro para as demandas de judicialização da saúde custou aos cofres públicos R$ 71 milhões, atendendo cerca de 39 (trinta e nove) mil pessoas. O valor correspondeu a 1,5% do orçamento da saúde no Estado, de R$ 4,5 bilhões. Para se ter uma ideia, para manter uma Unidade de Pronto Atendimento (UPA), o governo fluminense gasta R$ 21 milhões para atender 120 (cento e vinte) mil pacientes ao ano.

Evidente que a questão econômica tem de ser avaliada concretamente e não a partir de alegações genéricas e despidas de prova relevante. E tanto maior a dificuldade para a análise dessa questão orçamentária quanto mais expressivo o ente federativo, havendo o ônus da prova quanto à inviabilidade. Basta trazer duas constatações simples à reflexão: a) diferente dos Estados e Municípios, as ordens de sequestro via eletrônica não atingem (= são ineficazes, portanto) a União, pela peculiaridade como ela movimenta seus recursos, de onde aqueles dois primeiros entes é que sofrem mais diretamente as consequências das decisões judiciais; b) possuindo os Estados e Municípios menos recursos, têm o planejamento universal e efetividade de sua saúde pública mais afetados. O julgador não pode ser insensível a isso: muitas vezes, autorizar um tratamento em uma ação pode prejudicar diretamente outras várias pessoas que precisem do mesmo ou de outros tratamentos, mas não trouxeram sua demanda à análise. Retornamos, aqui, à dificuldade da visão macro desta grande equação. Determinar internamento imediato numa UTI pública, por exemplo, pode significar para o administrador hospitalar negar atendimento a um outro paciente de maior urgência, cuja única culpa foi não ter judicializado, por uma ou outra razão, sua dificuldade. E aqui, em matéria de saúde, não parece justo invocar a parêmia de que o direito não socorre quem dorme. Talvez seja imediatamente reconfortante à consciência, mas,

muitas vezes pode não ser juridicamente adequado. Simples assim, de onde a solução jurisdicional há de ser mais complexa.

Também não se olvida de uma deficiência acerca da inteireza, pelos magistrados, sobre todos os pormenores. Em estudo levado a cabo pelo CNJ intitulado *Judicialização da Saúde no Brasil* (2015, acesso eletrônico), em seis Tribunais de Justiça, nos anos de 2013 e 2014, detectou-se em comum nas ações: a) foco curativo (e não preventivo) das demandas, evidenciando-se uma dimensão parcial das ações e serviços que devem ser prestados pelo Poder Público; b) predominância da litigância individual, a desafiar o próprio Judiciário e a gestão em saúde; c) *tendência de deferimento final e na antecipação de tutela*; d) pouca menção à Audiência Pública do STF realizada em 2009 e às balizas ali discutidas; e) pouca menção ao CNJ e suas Recomendações, principalmente as de números 31[16] e 36[17], que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar; f) pouca referência ao Fórum Nacional e aos Comitês Estaduais; g) tendência de utilização dos Núcleos de Apoio Técnicos somente nas Capitais.

Tais dados apontam a premência de atualização dos currículos jurídicos e das escolas de formação de magistrados, a subsidiarem as atuações destes. De fato, não é incomum o apontamento dessa realidade:

> O atual controle jurisdicional coletivo das políticas públicas tem sido realizado de forma imprópria por parte da magistratura. A judicialização tem se operado principalmente por meio de ações individuais, nas quais o juiz – lastreando-se em um petrificante processo positivista – não analisa a política pública como um todo, mas apenas a microrrealidade que lhe é apresentada no caso concreto e seu enquadramento na lei. Em razão disso, em muitas das ocasiões o processo é visto sob o tradicional viés individualista, no qual o magistrado soluciona a violação ao direito de um único indivíduo, e não de toda a coletividade. (CALDO, 2015, p. 513).

16 "Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde".

17 "Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar".

Bem verdade que as ações do CNJ vêm se constituindo em notável diferencial positivo: as discussões estão existindo, os assuntos se tornando conhecidos, os parâmetros tratados e aprovados etc. Temos aqui, então, o nó górdio: direito à saúde *versus* reserva do possível (dicotomizada entre razoabilidade da pretensão deduzida *e* existência de disponibilidade financeira). Não há solução fácil, muito menos estamos aqui imbuídos de dar uma resposta pronta e acabada. Temos, claro, uma posição do que nos parece mais acertado. É inegável o direito do cidadão à assistência estatal direcionada à proteção da saúde, em face do insculpido no art. 196, caput, da Constituição de 1988, sendo que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, com solidariedade da obrigação e legitimação passiva de qualquer dos entes federativos (STF, Pleno, RE 855.178/PE, rel. Min. Luiz Fux, DJe-178 16/03/2015, em regime de repercussão geral, reafirmando jurisprudência anterior no mesmo sentido), sem cogitar-se, com isso, de litisconsórcio necessário. *Não há, porém, direito absoluto à saúde, donde se cotejar princípios constitucionais igualmente importantes (tripartição de funções, finitude de recursos, prévia dotação orçamentária, isonomia, dentre outros), num juízo de colisão (aparente ou não) entre direitos fundamentais que será aferido pelo julgador no caso concreto.* A calibração entre a realização de políticas públicas sob compelimento judicial e a reserva do possível é equação sem resposta absoluta. Isso, aliás, que foi destacado pelo STF, em julgamento bastante importante:

> "Não obstante, esse direito público subjetivo é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, *não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde*, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde" (trecho do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, no STF, na STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, DJe-076 30/04/2010, destaques nossos).

Com base nisso, indicaremos um pilar jurídico e prático dessa problematização judicialmente posta: a oferta de igualdade de tratamento e recursos a todos.

III. PREMISSAS LEGAIS E FONTES DE INFORMAÇÃO RELEVANTES.

Deve ser referida a legislação mais importante sobre saúde e Poder Público. A Lei n. 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Basicamente, ela institui o SUS, sendo regulamentada pelo Decreto n. 7.508/2011. Há, ainda, a Lei n. 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Por fim, a Lei Complementar n. 141/2011 regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Cabe frisar que já existem satisfatórias fontes de informações para orientar os magistrados na análise das questões de saúde. Por meio do link específico (http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude), o CNJ propicia acesso aos *Documentos* relevantes, onde se contém atos normativos do CNJ, recomendações, análises técnicas, manuais de bases técnicas, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), Lista de Medicamentos Comercializados no Brasil, Lista de Medicamentos Oncológicos, Ata de Instalação do Fórum, Discursos, Estatísticas e Roteiro de Demandas por Órtese, Prótese e Material Específico.

No link do CNJ, há, ainda, descrição e acesso à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada pela Lei n. 12.401/2011, órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura do Ministério da Saúde, que assessora este nas atribuições de incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Ali

é possível consultar propostas de incorporação, tecnologias em avaliação, consultas públicas, decisões (positivas e negativas) sobre incorporação (realizadas pelo CONITEC), enquetes e Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASE). São observados critérios técnicos em tais decisões, com parâmetros bem definidos (art. 19-Q), com um representante do Conselho Nacional de Saúde e um especialista indicado pelo Conselho Federal de Medicina. O relatório do CONITEC deverá levar em consideração, *necessariamente*: I) as *evidências científicas sobre a eficácia*, a *acurácia*, a *efetividade* e a *segurança* do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II) *a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos* em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Destaca-se, também no site do CNJ, a composição do Comitê Executivo Nacional do Fórum, as iniciativas dos Comitês Estaduais, os Eventos pertinentes, Quantidade de demandas nos tribunais, I e II Jornada de Direito da Saúde (inclusive enunciados).

Por fim, há, ainda no site do CNJ, instrumentos importantíssimos para os julgadores: Notas Técnicas e Respostas Rápidas dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs). Os dados ali constantes são do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais, podendo-se consultar ocorrências por nome do medicamento e por patologia. Esta fonte de consulta é instrumento importantíssimo de trabalho e converge ao Enunciado n. 31 do *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde* (Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais etc). Os NATs devem ser multidisciplinares (médicos, professores universitários, farmacêuticos, químicos etc) e interinstitucionais (União, Estados, Municípios, autarquias), de forma a dar posições mais legitimadas e abalizadas aos magistrados, conforme Enunciado n. 17 do citado fórum [Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NATs) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios].

Também existem outras fontes válidas de informação. O Ministério da Saúde, via Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, por meio do *Portal da Saúde* (http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/conjur#), publiciza notas técnicas, pareceres e outros dados sobre a judicialização da saúde. Também ali constam o projeto *Saúde baseada em evidências* (http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/periodicos), cujo objetivo é fornecer acesso rápido ao conhecimento científico por meio de publicações atuais e sistematicamente revisadas. As informações, providas de evidências científicas, são utilizadas para apoiar a prática clínica, como também a tomada de decisão para a gestão em saúde e qualificação do cuidado, auxiliando assim os profissionais da saúde. Também relevantes a *Sala de Apoio à Gestão Estratégica*, conhecida por SAGE (http://sage.saude.gov.br/), que apresenta redes de apoio e programas do SUS.

Igualmente disponível na rede virtual a Cartilha UNIMED/Centro Cochrane do Brasil (http://www.unimedfesp.coop.br/caju/index.html), cujo objetivo é contribuir para a tomada de decisão nas instâncias jurídicas, no que se refere às questões ligadas à assistência médica, tendo a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo (Fesp) criado o Comitê de Apoio ao Judiciário (Caju), formado por um grupo de pessoas que representam a área médica e o Poder Judiciário. Com esse trabalho, foram determinados os principais problemas que geram liminares de atendimento médico no Sistema Unimed e cada tema foi pesquisado nas melhores práticas da *Medicina Baseada em Evidências*. Como resultado, foi produzida a *Cartilha de Apoio Médico e Científico ao Judiciário*, reunindo textos simplificados e claros sobre as melhores evidências e condutas médicas a serem tomadas em diversos temas importantes. A ideia é oferecer ao magistrado um material que o auxilie com informações científicas isentas e da mais alta qualidade. O trabalho, iniciado em abril de 2009, foi desenvolvido em parceria com o *Centro Cochrane do Brasil*, uma entidade internacional de renome em *Medicina Baseada em Evidências*.

Outras unidades da federação também criaram seus Núcleos de Assessoria Técnica, como o Estado do Rio de Janeiro em parceria com o Tribunal de Justiça dali, ainda em 2009 (2015, acesso eletrônico), os Tribunais de Justiça da Paraíba (2013, acesso eletrônico), Pernambuco

(2015, acesso eletrônico), Rio Grande do Norte (2015, acesso eletrônico) e São Paulo (2015, acesso eletrônico), dentre vários outros.

IV. PREMISSAS PROCEDIMENTAIS E JURISDICIONAIS.

A inicial em demandas de saúde deve comportar subsídios específicos para a melhor instrução de causas tão sensíveis. Assim, pode-se exigir: a) juntada do prontuário médico[18]; b) prova da omissão administrativa quanto à assistência buscada[19]; c) questionário do médico que acompanha a parte autora prescrevendo a necessidade do tratamento[20]; d) prova mínima descritiva da inefetividade do medicamento, produto ou tratamento fornecido pelo SUS[21]; e) prova de que o medicamento, produto ou tratamento buscado são registrados na ANVISA ou de que não são *off label* ou experimentais[22]; f) prova da evidência científica da prestação de saúde buscada e não oferecido pelo SUS[23].

---

18 "Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico" (Enunciado n. 49 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

19 "Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária" (Enunciado n. 03 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

20 "As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica" (Enunciado n. 15 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

"Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente" (Enunciado n. 19 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

21 "A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)" (Enunciado n. 12 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

"Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde" (Enunciado n. 14 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

22 "Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado" (Enunciado n. 5 do Fórum Nacional do

O perigo da demora, nos casos de liminar, demanda a caracterização efetiva da urgência/emergência, com relatório médico circunstanciado[24]. Sempre que possível, deve ser precedida de oitiva do gestor do SUS[25] e de manifestação do Núcleo de Assessoramento Técnico[26]. Deve haver diferenciação entre a *urgência real*, a demandar imediato atendimento, e *urgência aparente*, aquela fruto da descrição simplista de que a doença da parte se agravará se não for tratada – o que nada diz, por ser a lógica da biologia humana. Nessa linha, a divisão entre procedimentos que são meramente eletivos e os que demandam atuação imediata. Os relatórios médicos, assim, devem ser adequadamente confeccionados e interpretados, de onde advém o cuidado na redação do Enunciado n. 51 do *Fórum do Judiciário para a Saúde* (já referido retro, em nota de rodapé): "(...) com expressa menção do quadro clínico de risco imediato".

De clareza solar que, à míngua de previsão legal expressa, alguns desses documentos não podem ser tidos como indispensáveis à propositura

---

Judiciário para a Saúde).

"A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei" (Enunciado n. 6 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

"As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais" (Enunciado n. 9 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

"Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label" (Enunciado n. 50 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

"As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências" (Enunciado n. 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

23 "Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS" (Enunciado n. 16 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

24 "Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato" (Enunciado n. 51 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

25 "Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas" (Enunciado n. 13 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

26 "Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS" (Enunciado n. 18 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

da ação, a ensejar o indeferimento da inicial (arts. 320[27] e 321[28] do Código de Processo Civil – CPC). Porém, a ausência da prova mínima quanto à situação fática enseja o indeferimento da liminar e até mesmo, eventualmente, a improcedência do pedido, dentro da teoria geral da prova, observando-se, inclusive, o ônus dinâmico (art. 373[29] do CPC).

Vale registrar, ainda na cognição judicial, provisória ou definitiva, a consulta prévia acerca da eventual submissão da questão médica ao CONITEC, a considerar uma pertinência da incorporação ou não ao SUS por aquele órgão como subsídio ao julgamento[30]. O magistrado poderá, ainda, subsidiariamente, exigir declaração de ausência de conflito de interesse ao médico prescritor[31]. Essa última recomendação é particularmente relevante porque não é incomum a prescrição de tratamentos ou medicamentos específicos, sem indicação *fundamentada*, pelo médico particular, do componente químico (ao invés do nome do medicamento) ou do porquê da

27 "Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação".

28 "Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.
Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial".

29 "Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo".

30 "Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC" (Enunciado n. 57 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

31 "Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse" (Enunciado n. 58 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

opção mais cara[32], como em casos de órteses e próteses[33], já tendo surgido, sobre isso, inclusive, notícias de conluios indevidos entre fabricantes e médicos, onde estes recebiam comissões de 20% a 50% para que utilizassem próteses de determinadas empresas no tratamento de pacientes (Folha de São Paulo, 2015, acesso eletrônico). Não só isso, com as comissões irregulares a vendedores, médicos e hospitais, a diferença entre o preço inicial e final dos produtos pode ser "(...) 8,7 vezes maior – caso de uma prótese de joelho, por exemplo. Ou seja: de R$ 2.096, o valor sobe para R$ 18.362" (Folha de São Paulo, 2015, acesso eletrônico).

O julgador não pode ser ingênuo: há forte lobby de fabricantes e laboratórios farmacêuticos junto a médicos para prescrição de seus medicamentos e produtos. Essas relações eticamente discutíveis existem e não podem ser ignoradas, donde a importância de instrução mínima (manifestação do NAT, oitiva do gestor do SUS e nomeação de perito judicial) a sindicar e confirmar necessidades especiais (fármacos, tratamentos, procedimentos, suplementos) e mais custosas prescritas pelo médico particular da parte.

Importante destacar, com responsabilidade, mas não sem sensibilidade, o tema das internações em UTI. Não é razoável desconsiderar que (I) pode não haver vagas suficientes nas UTIs públicas, (II) que pode não haver recursos para custeio de UTIs particulares e, por fim, (III) que estas podem não estar dispostas a aceitar pacientes com pagamento futuro e incerto ou podem, também, estar lotadas. Em muitas circunstâncias, anteriormente à apreciação da medida liminar, a consulta, pela Secretaria da unidade jurisdicional, pode conseguir uma vaga diretamente, de maneira informal, junto às Centrais de Regulação de Internações e de Urgências[34]-[35],

32 "As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências" (Enunciado n. 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

33 "Nas decisões liminares para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ" (Enunciado n. 28 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

34 "Art. 9º - O Complexo Regulador é a estrutura que operacionaliza as ações da regulação do acesso, podendo ter abrangência e estrutura pactuadas entre gestores, conforme os seguintes modelos:

I - Complexo Regulador Estadual: gestão e gerência da Secretaria de Estado da Saúde, regulando o acesso às unidades de saúde sob gestão estadual e a referência interestadual e intermediando o acesso da população referenciada às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito do Estado.

numa atividade mediadora/conciliadora. Tais centrais são normatizadas e visam justamente a estruturar o funcionamento e estabelecimento de critérios para ingresso na assistência de saúde. Essa rotina simples pode ajudar muito o magistrado e, até mesmo, acarretar a carência de ação por perda de interesse processual. Não custa frisar, e magistrado algum pode ignorar disso: sem maior cuidado, *é possível que a concessão do direito à UTI para um autor de ação possa importar na perda do direito ao leito de UTI (e consequente risco de morte) por utente de saúde que estava na vez*, numa prioridade médica maior. Aliás, isso foi bem destacado, *obter dictum*, pelo STF (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Façamos uma rápida transcrição, dada a relevância e o fato do assunto haver sido cogitado na maior instância do Judiciário nacional:

> "O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente e relator) – Eu aproveito para observar que, quanto à observação do Ministro Celso de Mello, nós já tivemos casos, não nos tempos mais recentes,

---

II - Complexo Regulador Regional:
a) gestão e gerência da Secretaria de Estado da Saúde, regulando o acesso às unidades de saúde sob gestão estadual e intermediando o acesso da população referenciada às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito da região, e a referência interregional, no âmbito do Estado;
b) gestão e gerência compartilhada entre a Secretaria de Estado da Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde que compõem a região, regulando o acesso da população própria e referenciada às unidades de saúde sob gestão estadual e municipal, no âmbito da região, e a referência inter-regional, no âmbito do Estado; e
III - Complexo Regulador Municipal: gestão e gerência da Secretaria Municipal de Saúde, regulando o acesso da população própria às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito do Município, e garantindo o acesso da população referenciada, conforme pactuação.
§ 1º O Complexo Regulador será organizado em:
I - Central de Regulação de Consultas e Exames: regula o acesso a todos os procedimentos ambulatoriais, incluindo terapias e cirurgias ambulatoriais;
II - Central de Regulação de Internações Hospitalares: regula o acesso aos leitos e aos procedimentos hospitalares eletivos e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência; e
III - Central de Regulação de Urgências: regula o atendimento pré-hospitalar de urgência e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência.
§ 2º A Central Estadual de Regulação da Alta Complexidade - CERAC será integrada às centrais de regulação de consultas e exames e internações hospitalares.
§ 3º A operacionalização do Complexo Regulador será realizada em conformidade com o disposto no Volume 6 da Série Pactos pela Saúde: Diretrizes para a Implantação de Complexos Reguladores, acessível na íntegra na Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde: http://www.saude.gov.br/bvs" (Portaria n. 1.559/2008 do Ministério da Saúde).

35 "As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado" (Enunciado n. 46 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

> em que juízes decidiam, por exemplo, que alguém deveria ter o direito a uma vaga na UTI.
> A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – *Os médicos são obrigados a decidir quem vai morrer, porque vão ter que tirar alguém da UTI*.
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente e relator) – Esse tipo de decisão acabava por envolver a escolha da definição dos destinos das pessoas, porque estava a decidir se alguma pessoa deveria ser retirada da UTI, ou também a chamada fila do transplante; não é o caso do que se cuida aqui" (destaques nossos).

Assim, em última *ratio*, determinar internação em UTI do autor de uma ação pode significar, reflexamente, a desinternação de algum paciente que ali esteja. De forma mais clara: *a decisão positiva pode importar diretamente na perda da vida de alguém inocente e completamente alheio ao processo judicial*.

Outrossim, deve ser destacado, conforme art. 12 da Lei n. 6.360/76, quanto ao fornecimento de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, que nenhum desses produtos, mesmo os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

O tema é importante quando se tem em mente a existência de produtos estrangeiros com eficácia reconhecida por órgãos competentes de outros países (como a *Food and Drug Administration - FDA*, dos Estados Unidos da América) ou estudos e pesquisas realizadas igualmente em outros países, sem correspondência no Brasil, levados a cabo por reconhecidas instituições internacionais. Existe, inclusive, conforme site internacional da FDA, *Declaração de Cooperação* entre aquele órgão e a ANVISA, com os seguintes objetos:

> A. Explorar o desenvolvimento de procedimentos específicos para o intercâmbio de informações regulatórias e de saúde pública para propósitos rotineiros e/ou emergenciais;
> B. Identificação de esforços de pesquisa e estudos para dar suporte à base científica para exigências regulatórias e ações que sejam de interesse mútuo;

> C. Considerar o intercâmbio de informações resultante de inspeções ou investigações, em progresso ou concluídas, que sejam conduzidas pelos Participantes quando suas inspeções ou investigações se relacionarem a riscos associados ao produto;
> D. Exploração de sinergias, até onde possível, em que o envolvimento dos Participantes pode ajudar a guiar e facilitar as oportunidades para o aumento da capacidade/fortalecimento de sistemas e realização de padrões científicos harmonizados de mútuo interesse e benefício aos Participantes; e
> E. Colaboração para aumentar o entendimento e base(s) de conhecimento sobre os sistemas regulatórios de cada Participante e, sempre que possível, explorar oportunidades para aproveitar os respectivos recursos para ajudar a expandir a rede de segurança para os produtos que os Participantes regulamentam. (2012, acesso eletrônico).

É evidente que órgãos como a FDA e centros de saber notoriamente respeitados (como universidades de países desenvolvidos) utilizam-se de padrões internacionais de análise, classificação e transparência. Numa vista mais rápida, em tese, podem servir a casos surgidos no Brasil e aqui ainda não tratados. Basta dizermos que o Brasil atravessa uma onda de nascimento de crianças com microcefalia (cérebro com má formação), provavelmente relacionada ao vírus *Zika*, cujo vetor de transmissão é o mosquito *Aedys Aegypti*, que tem sido estudada em outros centros internacionais a fim de evitar uma epidemia mundial.

Apesar disso, persiste a vedação legal, sendo o registro na ANVISA *conditio sine qua non* para o fornecimento de tais produtos, de onde, não havendo azo, a não ser em um juízo de interpretação flexibilizadora do preceito citado, à *prestação jurisdicional positiva*. A decisão que ignore essa sábia e existente vedação legal, há de ter em mente o julgador, pode trazer riscos à saúde do postulante, custos acima do razoável para o orçamento público e duvidosa eficácia. Ainda assim, não é incomum ouvir notícias de decisões em tal sentido, que vem sendo reformadas, de longa data, nas instâncias superiores[36]. Outra alternativa, que refoge a esse trabalho, é o

36 "ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994. TRATAMENTO DE RETINOSE PIGMENTAR EM CUBA. 1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado

compelimento da ANVISA a autorizar a importação de medicamento não registrado, com base na Lei n. 9.782/99, cuja possibilidade foi apontada (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010).

Seguindo, e como adiantado, nossa proposta é modesta: dar um *standard* decisório razoável de enfrentamento técnico e jurídico das demandas de saúde contra o Poder Público (as demandas de saúde suplementar comportam uma abordagem específica em outro momento, como já adiantado). Assim, parece razoável supor quadrantes alvos de demandas judiciais: a) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes regularmente incluído(s) na política de saúde do SUS; b) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes não incluído(s) na política de saúde do SUS, conquanto reconhecido pelos meios científicos de saúde competentes no Brasil (como a listagem da ANVISA); c) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes não incluído(s) na política de saúde do SUS, sem suficiente/provável reconhecimento pelos meios científicos competentes no Brasil e estrangeiro; d) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes não previsto(s) na política de saúde do SUS, com reconhecimento exclusivamente pelos meios científicos estrangeiros.

Nulla quaestio quanto à omissão em decidir quanto ao item "a", destinatário de uma tutela jurisdicional positiva porque não há conflito de princípios constitucionais: o direito à saúde e a reserva do possível estão conjugados no próprio reconhecimento estatal, via órgãos executivos competentes, da eficácia, pertinência e obrigatoriedade quanto à prestação

---

nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243.

2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial" (STJ, 1ª T., EEEARE 1.028.835, rel. Min. Luiz Fux, DJE 02.03.2010).

"ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994.

1. A Primeira Seção desta Corte, no MS n. 8.895/DF, julgado em 22.10.2003, considerou legítima a Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, que vedou o financiamento de tratamento médico no exterior pelo SUS.

2. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, 1ª T., RESP 844.291, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 31.08.2006, p. 281).

terapêutica buscada – e cuja ausência enseja a intervenção jurisdicional. Isso se aplica, inclusive, quanto à questão dos leitos de UTI, na medida em que o tratamento de urgência é algo que não pode ser negado[37]. Se o ente público não puder prestá-lo diretamente, deverá arcar com o custeio em instituição particular específica[38], observando-se os cuidados já referidos sobre

37 "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUMENTO DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO. DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (STF, 2ª. T., ARE 740800 AgR/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe-244 12/12/2013).

38 "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL

pacientes com maior necessidade, limitação de leitos e Centrais de Regulação de Internação e de Urgências.

No entanto, algumas ponderações devem ser feitas. A concessão judicial que envolva medicamento, produto ou procedimento já previsto no SUS ou em Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT) deverá determinar a inclusão do demandante em serviço ou programa do SUS já existente, para acompanhamento e controle clínico[39]. Da mesma forma, ao se cuidar de prestação continuativa, onde a exigibilidade do relatório médico periódico a justificar a sequência do tratamento deve ser viabilizada[40], inclusive, no caso do câncer, com inclusão e acompanhamento junto a uma unidade específica do SUS[41]. Importante frisar que, nada obstante legitimados à causa todos os entes federativos, conforme assentado pelo STF, pode haver o direcionamento do cumprimento da medida judicial para um ou mais deles apenas[42], de forma a conferir efetividade à execução.

BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA "AD CAUSAM" NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (STF, 2ª. T., ARE 727864 AgR/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe-223 13/11/2014).

39 "Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico" (Enunciado n. 11 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

40 "Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida" (Enunciado n. 02 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

41 "Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON" (Enunciado n. 07 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

42 "A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento" (Enunciado n. 60 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

Problemas mais sensíveis são os dos itens "b" a "d". Por exemplo, a discricionariedade do órgão competente (CONITEC) em não incluir determinado produto ou tratamento na política pública do SUS. Razões de ordem financeira (elevado custo), técnica (entendimento de insuficiente embasamento científico) ou outras, próprias do mérito administrativo, podem informar a não inclusão no SUS. E isso é inerente à função executiva[43] e ao Estado Democrático de Direito[44]. Todavia, parece muito racional dizer que *algum tratamento público minimamente eficaz deve ser oferecido*, sem o quê alternativas terapêuticas cientificamente comprovadas e dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências) podem ser concedidas judicialmente, como forma de implementação do direito à saúde constitucionalmente assegurado. Aliás, essa linha sensata é sacralizada no Enunciado n. 61 do *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*:

> Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

43 "Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ´escolhas trágicas´ pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc" (trecho do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, no STF, na STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, DJe-076 30/04/2010).

44 "O Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública. Enquanto órgão que exerce a chefia de Estado, representa internacionalmente a soberania estatal; enquanto órgão de chefia de Governo, dirige a vida política nacional, executando as políticas públicas adotadas pela Constituição e pelas leis; e enquanto órgão de chefia da Administração presta os serviços públicos necessários para atender as necessidades coletivas" (CUNHA JR, 2013, p. 1042).

Temas relevantes pendem de julgamento em repercussão geral no STF acerca da saúde pública, como é o caso dos limites da competência do Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde (STF, Pleno, RE 684.612/RJ, rel. Min. Carmem Lúcia, DJe-109 06/06/2014). Também nessa circunstância estão os assuntos mais importantes de todos, seja na formulação de políticas públicas, seja nas decisões judiciais, a saber: a) a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer *medicamento não registrado na ANVISA* (STF, Pleno, RE 657.718/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-093 11/05/2012); b) a controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer *medicamento de alto custo* (STF, Pleno, RE 566.471/RN, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-157 07/12/2007). Até aqui, porém, aquele Colegiado vem seguindo, em linhas gerais, o que se decidiu no seguinte precedente, já referido antes:

> "EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010).

Esse precedente destaca-se por ter sido proferido posteriormente às Audiências Públicas, havidas em 28, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio do ano de 2009, tendo, inclusive, ensejado o início do programa do CNJ *Fórum do Judiciário para a Saúde*, já referido. A partir da análise dos votos diversos, destacando-se a preponderância do relator (com ampla menção à

doutrina e às informações hauridas na audiência pública), Min. Gilmar Mendes, então presidente do STF, pode-se destacar:

> 1) *não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário* para a proteção, promoção e recuperação da saúde, embora haja um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde;
> 2) a *prestação individual da saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS*, a ser demonstrado e fundamentado de forma clara;
> 3) a observância de um *viés programático ao direito à saúde*, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradica;
> 4) há de *ser considerada a proibição do art. 12 da Lei n. 6.360/76* (industrialização, exposição à venda e consumo de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos antes de registrado no Ministério da Saúde), com alguma abertura por conta da viabilidade excepcional de autorização de importação, pela ANVISA, de medicamento não registrado (com base na Lei n. 9.782/99);
> 5) em geral, *deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente*, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade de política de saúde existente;
> 6) medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, *comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso*;
> 7) o Estado não pode ser condenado a fornecer *tratamentos experimentais*;
> 8) *a ausência de tratamento clínico por não estar inserido em Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas*, por si só, *não afasta a sindicabilidade jurisdicional*, sendo essenciais, no entanto audiência e instrução probatória.

Considerando ser o STF um tribunal de direito e não de fato, apenas por exceção os casos concretos são enfrentados com maior vagueza. Ainda assim, vários julgados têm se referido ao precedente acima como linha de argumentação (*e.g.*: STF, STA 761 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-101 29.05.2015; STF, 2ª. T., ARE 876.459/RN, rel. Min. Gilmar

Mendes, DJe-081 04/05/2015; STF, 1ª. T., RE 848.086/RN, rel. Min. Roberto Barroso, DJe-122 24/06/2015; STF, 1ª. T., ARE 799.136/RS, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-161 21/08/2014).

No campo infraconstitucional, considerando a existência de vários tribunais e turmas recursais no país, no âmbito federal e estadual, que processam causas de saúde contra o Poder Público, é que surge maior riqueza de casos judicialmente postos e soluções apresentadas[45]. As decisões, via de regra, caminham pela tez pró-prestação, sem análise aprofundada da reserva do possível. Centremo-nos numa rápida análise.

Num rápido apanhado pelo site do CJF (www.cjf.jus.br), no link *Jurisprudência Unificada* dos cinco TRFs, pudemos colher, por exemplo, do TRF-1 e TRF-3 julgados sem maiores considerações à reserva do possível (TRF-1, 5ª. T., AC 00703590920114013400, rel. Des. Fed. Néviton Guedes, e-DJF1 28/01/2016; TRF-3, 6ª. T., AC 00088598120124036105, rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, e-DJF3 08/05/2015).

Não conseguimos detectar, no site do CJF, julgados de mérito do TRF-4 para os indexadores que utilizamos nos outros TRFs com resultados satisfatórios ("medicamento + registro + ANVISA", "medicamento + ANVISA", "fármaco + ANVISA"). Por outro lado, contrariamente, posições que enfrentam mais particularmente a questão do registro do medicamento da ANVISA e da eficácia da alternativa buscada fora do SUS são do TRF-2 e do TRF-5, este, como regra, entendendo importante o registro na ANVISA (TRF-2, 7ª. T. Especializada, AC 201051020025042, rel. Des. Fed. Jose Antonio Lisboa Neiva, E-DJF2R 26/10/2012; TRF-5, 4ª. T., APELREEX 08005206220144058308, rel. Des. Fed. Edílson Nobre).

No âmbito dos Tribunais de Justiça, por exemplo, o de São Paulo, revendo posições anteriores, tem negado o fornecimento de famoso produto não registrado na ANVISA (TJSP, 3ª. Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2006774-56.2016.8.26.0000, rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, d.j. 16.02.2016). Porém, o mesmo tribunal, em outro órgão fracionário, na mesma data, prestigiou o direito à saúde sem maiores ponderações quanto à questão orçamentária (TJSP, 13ª. Câmara de Direito

45 Daí não vermos razão a Maldonado, ao registrar não ser possível invocar-se, como óbice às tutelas jurisdicionais positivas, o princípio da reserva do possível (2015, p. 199). A partir da visão macrossistêmica é que devem ser considerada a pertinência ou não de seu acolhimento.

Público, Apelação n. 0005105-39.2013.8.26.0248, rel. Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, d.j. 17.02.2016).

Igualmente, julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro minoram o impacto econômico das prestações positivas (TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação n. 0042624-79.2012.8.19.0021, rel. Des. Alcides da Fonseca Neto, data de publicação 29/01/2016; TJRJ, 19ª Câmara Cível, Apelação/Reexame Necessário n. 0027922-22.2014.8.19.0066, rel. Des. Ferdinaldo do Nascimento, data de publicação 01/02/2016).

Importa destacar julgado sobre o fornecimento de medicamento de alto custo proferido pelo, STJ, órgão uniformizador do direito federal:

> "Ementa: ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
> 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se objetiva o fornecimento à impetrante de medicamento importado sem registro na Anvisa (substância química: Tetrabenazina; nomes comerciais: Nitoman, Xenazine ou Revocon).
> 2. O Tribunal de Justiça do Paraná, ao denegar a segurança, por maioria, externou o entendimento de que, "não sendo o medicamento postulado registrado na Anvisa, não é possível ao Estado do Paraná fornecer o referido medicamento a senhora impetrante. Nestas condições, voto para ser extinto o mandado de segurança sem julgamento do mérito porque ausente direito líquido e certo a ser tutelado" (fl. 139).
> 3. Não se observam a liquidez e a certeza do direito invocado pela impetrante nem a prática de ato ilegal ou de abuso de poder.
> 4. O fato de o medicamento pretendido não ter registro na Anvisa e, portanto, não poder ser comercializado no território nacional, denota que o alegado direito não é líquido nem certo para fins de impetração de mandado de segurança, porquanto o seu exercício depende de eventual autorização da Anvisa para que o medicamento seja importado e distribuído pelo Estado.
> 5. A entrada de medicamentos no território nacional, sem o devido registro na Anvisa, configura o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal; fato que não pode ser desprezado pelo administrador

> público responsável pelo fornecimento do medicamento em questão, razão pela qual não há falar que o seu não fornecimento caracteriza ato ilegal ou de abuso de poder.
> 6. Recurso ordinário não provido" (STJ, 1ª. T., RMS 35.434/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 09/02/2012).

Analisada a ótica sob a restrição cognitiva (ausência de instrução sobre exaurimento de opções terapêuticas do SUS e eficiência cientificamente comprovada, ainda que no exterior, do tratamento buscado), decidiu-se pela impossibilidade legal de importação de medicamento não listado pela ANVISA. Porém, há pelo menos um julgado da própria 1ª. Turma do STJ em sentido inverso, valendo registrar, porém, que proferido em sede de discussão de tutela antecipada (STJ, 1ª. T., AgRg no AgRg no AREsp 685750/PB, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 09/11/2015).

Todavia, as considerações retro descritas já dão subsídios suficientes a fundamentos decisórios mais homogêneos.

V. ROTEIRO DECISÓRIO PROPOSTO.

Propomos, finalmente, decisões que podem ser resumidas ao seguinte, com excepcionalidades a depender do caso. A justificativa prática será dada conjuntamente. Nas situações de urgência e de eficácia comprovada apenas em outros países, excepcionalmente, apresentamos duas propostas decisórias, dadas as peculiaridades e iminência de risco de morte.

Propostas decisórias	Justificativas
Solução decisória 1.1. Não há direito à tutela jurisdicional positiva para antecipação de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes previstos no SUS, em desordem ao princípio da igualdade, ainda que sob alegação de urgência (inclusive internação em UTI), mormente por não se poder levar em conta as especificidades de outros usuários do sistema público de saúde, insindicáveis e imponderáveis na	A determinação judicial positiva em prol da parte autora, sem considerar outros usuários que, não tendo judicializado a questão, não terão suas razões e prioridades analisadas, poderá prejudicar a existência de razões de saúde suficientes destes últimos que mereçam igual ou maior proteção constitucional à saúde. A decisão, assim, pode beneficiar a um só, mas prejudicar vários, em detrimento da igualdade (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel.

demanda individual.	Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Tal determinação judicial só poderá ser concedida nos termos do Enunciado n. 11 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citado), observando-se a filtragem pelo profissional médico competente quanto a outras urgências.
Solução decisória 1.2. Há direito à tutela jurisdicional positiva para antecipação de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes previstos no SUS, sob alegação de urgência (inclusive internação em UTI), ainda que em desordem ao princípio da igualdade, cabendo à administração implementar a vaga ou custeá-la junto à rede privada.	Dada a magnitude do direito à saúde (art. 196 da CF), a igualdade e eventual preterição de outros usuários não podem ser obstáculo à prestação jurisdicional positiva, devendo ser concedida a ordem judicial de implementação imediata, seja na rede pública, seja na rede privada mediante custeio pelos entes federativos (STF, 2ª. T., ARE 727864 AgR/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe-223 13/11/2014).
Solução decisória 2. Não há direito à tutela jurisdicional positiva para fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes diversos tidos por mais eficientes, quando o SUS já fornece tratamento eficiente o bastante.	Havendo eficiência da política do SUS, é desarrazoada prestação positiva, a desconsiderar a reserva do possível[46] (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Enunciados ns. 12 e n. 14 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citados).
Solução decisória 3. Não há direito à tutela jurisdicional positiva para	Não há direito à prestação jurisdicional positiva quando inexistente eficiência

46 "Em se tratando de medicamentos e tratamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento/tratamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Nesse sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, na STA 175- AgR:

`[…] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.`

Ocorre que, segundo ficou consignado no Tribunal de origem, existe medicamento eficaz no âmbito do SUS para o tratamento da parte recorrente" (trecho destacado da decisão do Min. Luís Roberto Barroso no ARE 893.884/RN, DJe-171 01/09/2015).

fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes *off label* ou experimentais.	comprovada (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Enunciados n. 9, 14, 16, 50, 57, 58 e 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citados). Art. 12 da Lei n. 6.360/76.
Solução decisória 4.1. Não há direito à prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular, não contidos no SUS, não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e sem comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências).	Não há direito à prestação jurisdicional positiva quando inexistente eficiência comprovada (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Enunciados ns. 9, 14, 16, 50, 57, 58 e 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citados). Art. 12 da Lei n. 6.360/76.
Solução decisória 4.2. Há direito à tutela jurisdicional positiva nos casos de prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular em situações de urgência, quando o SUS não ofereça nenhuma alternativa terapêutica, *excepcionalmente*, ainda que não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e sem comprovação de eficácia dentro do território nacional (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), desde que atendidos padrões internacionais de procedimentos e confiabilidade de igual ou superior rigidez quanto aos padrões brasileiros (como a FDA, dos EUA, por exemplo) e/ou instituições de pesquisa e saúde renomadas.	Dada a magnitude do direito à saúde (art. 196 da CF), a proibição do art. 12 da Lei n. 6.360/76 (industrialização, exposição à venda e consumo de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos antes de registrado no Ministério da Saúde) pode ser relativizada, em *situações-limite*, de *urgência* e de *forma prudente e excepcional*, considerando que o direito à saúde demanda alternativa minimamente eficaz pelo SUS, sem a qual alternativas eficientes devem ser viabilizadas. Assim, pode haver tutela jurisdicional positiva, desde que calcando-se em instituições estrangeiras renomadas e observando-se padrões internacionais tão ou mais rígidos que os nacionais (*Food and Drug Administration*, dos Estados Unidos da América, e congêneres), bem como estudos e pesquisas realizadas em instituições de pesquisa internacionalmente reconhecidas. Tal decisão, há de ter em mente o julgador,

	pode trazer riscos à saúde do postulante, custos acima do razoável para o orçamento público e duvidosa eficácia.
Solução decisória 5. Há direito à tutela jurisdicional positiva para fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes diversos tidos por mais eficientes nos casos de sua ausência nas instituições de saúde competentes, quando regularmente incluídas no SUS, não podendo a administração objetar dificuldades financeiras.	Não há conflito de princípios constitucionais. O direito à saúde e a reserva do possível estão conjugados no próprio reconhecimento estatal, via órgãos executivos competentes, da eficácia, pertinência e obrigatoriedade quanto à prestação (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Se o ente público não puder prestá-lo diretamente, deverá arcar com o custeio em instituição particular específica (STF, 2ª. T., ARE 727864 AgR/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe-223 13/11/2014).
Solução decisória 6. Há direito à tutela jurisdicional positiva para fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes diversos tidos por mais eficientes, reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e com comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), quando, embora existentes, as alternativas fornecidas pelo SUS resultarem ineficazes.	Uma vez esgotadas as alternativas fornecidas pelo SUS, o direito à saúde garante, sob pena do esvaziamento de sua eficácia, alternativas mais eficientes (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), desde que comprovada cientificamente a eficácia e dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, listagem da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências). Enunciado n. 61 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.
Solução decisória 7. Há direito à tutela jurisdicional positiva nos casos de prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular, reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e com comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em	O direito à saúde demanda alternativa minimamente eficaz pelo SUS, sem a qual alternativas eficientes devem ser viabilizadas (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), observando-se a comprovação científica e dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, listagem da ANVISA e pautada

Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), quando o SUS não ofereça alternativa terapêutica alguma.	pela Medicina Baseada em Evidências). Enunciado n. 61 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.
Solução decisória 8. Há direito à tutela jurisdicional positiva nos casos de prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular em situações de urgência, *excepcionalmente*, ainda que não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA), desde que haja comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), quando o SUS não ofereça nenhuma alternativa terapêutica.	O direito à saúde demanda alternativa minimamente eficaz pelo SUS, sem a qual alternativas eficientes devem ser viabilizadas . Assim, ainda que a ANVISA não tenha listado procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes, em *situações-limite, de urgência, de forma prudente e excepcional*, observando-se a comprovação científica suficiente (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa e pautada pela Medicina Baseada em Evidências) pode haver tutela jurisdicional positiva. Enunciado n. 61 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.

VI. CONCLUSÃO.

Há grande desuniformidade nos critérios judiciais utilizados no tratamento das questões de saúde movidas contra o Poder Público.

A menção ao direito de saúde (art. 196 da CF), por si só, é fundamento que pouco ou nada satisfaz no universo de causas que envolvem a matéria.

Há pontos de tensão cada vez maiores na calibração de princípios importantes envolvidos, como o da tripartição de funções (art. 2º da CF) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, igualmente na *Lex Mater*), sendo o caso de um juízo de relevância.

Os problemas orçamentários são tão presentes que essencialmente informam a chamada "reserva do possível", a serem sopesadas pelo julgador, sob pena de arbítrio judicial. Essa a tese acolhida no seio do STF.

Por "reserva do possível" há de se entender, essencialmente, razoabilidade da pretensão deduzida *e* existência de disponibilidade financeira.

O crescimento do número de demandas dessa ordem associado ao correlato incremento de verbas públicas destinadas ao cumprimento dessas decisões judiciais ensejam critérios mais seguros de fundamentação, calcando-se em argumentos técnico-científicos mais elaborados.

Há uma variedade muito grande de decisões, notadamente nos tribunais de apelação (regionais federais e estaduais). Entretanto, o STF e o CNJ já propiciam referências de julgamento deveras importantes para subsidiar os magistrados.

Assim, devem ser sopesadas sempre (i) as informações colhidas nas Audiências Públicas promovidas pelo STF (havidas em 28, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio do ano de 2009), (ii) os parâmetros postos na decisão-referência do STF (Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), (iii) os enunciados do programa do CNJ *Fórum do Judiciário para a Saúde,* (iv) as informações técnicas pertinentes, principalmente a Medicina Baseada em Evidências (decisões do CONITEC, PCDT, Cartilha UNIMED, NATs).

Dessa forma, foram propostas soluções decisórias para os problemas mais comuns submetidos ao Judiciário.

BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Direitos fundamentais e a reserva do possível em matéria de saúde nos 25 anos da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais Nordeste**. São Paulo: RT, n. 1, p. 97-104, set/out 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A ideia de separação de Poderes, a cláusula pétrea e as mudanças constitucionais a partir de 1988. **Cadernos**

jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 59-66, abr/jun 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: «http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf». Acesso em 22.02.2016.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CALDO, Diego Santiago y. O ideal controle jurisdicional de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.** São Paulo: Editora Síntese, n. 97, p. 507-523, set/dez 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**. Disponível em: «http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf». Acesso em 12.01.2016.

_____. **Fórum do Judiciário para a Saúde**. Disponível em: «http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude». Acesso em 12.01.2016.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília: CJF, n. 28, p. 40-53, mar/2005.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (org.); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (org.). **O processo em perspectiva.** São Paulo: RT, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, TERESA et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2013.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 67-81, abr/jun 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Contra fraudes, Saúde criará normas para uso de próteses e órteses no SUS**. Edição de 07.07.2015. Disponível em: «http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/07/1652684-contra-fraudes-saude-criara-normas-para-uso-de-proteses-e-orteses-no-sus.shtml». Acesso em 12.01.2016.

_____. **Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas**. Edição de 29.03.2014. Disponível em: «http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml». Acesso em 12.01.2016.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. **U.S. FDA – Brazil ANVISA, Declaração de Cooperação para Ampliar Atividades de Interesse Mútuo**. Disponível em: «http://www.fda.gov/InternationalPrograms/Agreements/MemorandaofUnderstanding/ucm330170.htm». Acesso em 15.02.2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional das políticas públicas. *In*: WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KIM, Ricardo Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 165-187, abr/jun 2015.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. O Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 40, p. 189-212, abr/jun 2015.

MELO FILHO, Renato Soares; DUARTE NETO, José. Considerações epistêmicas sobre o controle judicial de políticas públicas. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 131-141, abr/jun 2015.

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

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (org.); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (org.). **O processo em perspectiva.** São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, C. & HOLMES, S. **The Cost of Rights: why liberties depends on taxes**. New York: Macmilann, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas: determinação judicial de políticas públicas. **Revista brasileira de direito processual**. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 92, p. 129-143, out/dez 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **TJPB vai instalar em trinta dias a Câmara Técnica de Saúde para gerir demandas de tratamentos pelo SUS**. Disponível em: «http://www.tjpb.jus.br/tjpb-vai-instalar-em-trinta-dias-a-camara-tecnica-de-saude-para-gerir-demandas-de-tratamentos-do-sus/». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Parceria entre o TJPE e o Poder Executivo auxilia magistrados em ações judiciais relacionadas à saúde**. Disponível em: «https://www.tjpe.jus.br/intranet/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=9762». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Tribunal De Justiça cria núcleo para mediar liminares nas questões que envolvem cobertura de planos de saúde**. Disponível em: «http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26272». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à justiça**. Disponível em: «www.tjrj.jus.br/ca_ES/home/-/noticias/visualizar/25002». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **TJRN disciplina funcionamento de Câmara Técnica para demandas voltadas à saúde.** Disponível em: «http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/8793-tjrn-disciplina-funcionamento-de-camara-tecnica-para-demandas-voltadas-a-saude». Acesso em 15.02.2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de ANÁLISE JURISPRUDENCIAL do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI: A PROBLEMÁTICA DO DECISIONISMO JUDICIAL

The proportionality principle and the constitutional control of the law: the problematic of judicial decisions

Gerson Luiz Rocha
Juiz da 1ª Turma Recursal do Paraná, membro titular a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especias Federais, especialista em Direito Processual Público (Universidade Federal Fluminense)

RESUMO: O controle de constitucionalidade das leis a partir da normatividade dos princípios exige metodologia apropriada. O princípio da **proporcionalidade** tem servido de fundamento a decisões que adentram na esfera discricionária do legislador ordinário sem que se mostrem visíveis os fundamentos mínimos necessários ao preenchimento dos requisitos teóricos que conformam a sua aplicabilidade. Sem a realização dos testes de **adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade em sentido estrito**, a interpretação principiológica mostra-se altamente subjetiva, com a indevida incursão do Judiciário sobre a atividade legislativa, em contraste com o Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The constitutional review of laws stemming from the normativity of principles demands the appropriate methodology. The proportionality principle has been used as a fundament to decisions that enter the common legislator's discretionary sphere, lacking the minimum fundaments which are needed to meet the theoritical requirements that conform with their applicability. Without executing adequacy, necessity and proportionality tests in the strict sense, the interpretation based on principles proves to be highly subjective, with the Judicial Branch invading the legislative activity, in contrast to a democratic state.

Palaras-chave: constituição, hermenêutica, proporcionalidade, razoabilidade, ativismo, decisionismo.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da normatividade dos princípios pela doutrina pós-positivista[1] constitui o fundamento da Nova Hermenêutica[2], que traz consigo um conjunto próprio de métodos e princípios de interpretação da Constituição. Não obstante reconhecendo a ainda incipiente sistematização dos métodos e princípios de interpretação constitucional, Inocêncio Mártires Coelho[3] explicita-os e classifica-os de modo a oferecer ao aplicador da norma algum grau de racionalidade na escolha dos instrumentos adequados a esta complexa tarefa.

Dentre os diversos métodos e princípios de interpretação da Lei Fundamental mencionados pelo citado autor, interessa-nos, no presente estudo, verificar de que maneira seria possível – se é que seria possível – aplicar racionalmente o "tão decantado e multifuncional princípio da **proporcionalidade** ou da **razoabilidade**, essa **vara de condão** de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus [...]"[4] Este questionamento mostra-se especialmente pertinente no controle judicial de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, ante a visível abstração com que, em grande parte das vezes, servem-se os aplicadores do postulado referido para, superpondo-se à discricionariedade do legislador, chegar a decisões de fundo eminentemente subjetivo, sem que se possa identificar, com a clareza necessária, as efetivas razões que as determinaram. Ou melhor, o princípio é muitas vezes utilizado pelos tribunais no contexto de uma interpretação tópica, sem que seja acompanhado de uma argumentação com densidade suficiente à demonstração da validade da conclusão, isto é, a simples menção à **proporcionalidade/razoabilidade**, sem maiores digressões, tem servido, por si só, de argumento retórico para justificar a adoção de uma determinada solução em detrimento de outra, pressupondo-se, assim, abstratamente, que

1 - Ao referir às contribuições de Friedrich Müller, na Alemanha, e Ronald Dworkin, nos Estados Unidos e Inglaterra, para a afirmação da normatividade dos princípios, Paulo Bonavides deixa assentada a impossibilidade de retrocesso, a partir desta concepção do Direito: "Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio *versus* norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Isto já se acha perfeitamente elucidado, definido, reconhecido e difundido [...]" (**Curso de direito constitucional**, p. 276)

2 - Sobre o tema vide Paulo Bonavides, op. cit., p. 255-295.

3 - Diz o referido autor que "desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o seu acesso à Constituição – um panorama 'desolador', no dizer de Raul Canosa Usera –, os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções. É que, resume Giuseppe Zaccaria, o *método* não pode explicar *a eleição do método*." (**Curso de direito constitucional**, p. 120)

4 - Idem, p. 120

a solução adotada seria a mais **justa**, de acordo com o senso comum sobre o tema tratado.

Para a análise a que nos propomos, buscaremos delinear, primeiramente, a questão terminológica que cerca o tema, pois sequer se tem ainda estabelecido pela dogmática jurídica um termo que descreva univocamente este princípio de interpretação, que é, em sentido amplo, voltado para a verificação da legitimidade da correlação entre o meio utilizado e o fim buscado pela norma restritiva de direito fundamental. De regra, é corrente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sem maiores distinções[5], o uso dos termos **proporcionalidade** e **razoabilidade** como sinônimos, todavia, uma maior precisão da linguagem técnico-jurídica é necessária à definição e delimitação do alcance e da aplicação dos mencionados institutos, uma vez que ainda que sejam destinados à mesma finalidade, apresentam origem e conteúdo diversos, que exigem ser compreendidos dentro dos respectivos contextos. Feito isso, passaremos à análise dos fundamentos jurídicos que sustentam a possibilidade de aplicação deste princípio no direito brasileiro, descrevendo os elementos que o compõe. Estabelecidos estes contornos teóricos, faremos breve incursão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do tema e, por fim, passaremos à análise crítica da utilização deste princípio na atualidade e de como, a partir do decisionismo judicial que daí decorre, vem o Poder Judiciário assumindo o papel de superego da sociedade e da questionável legitimidade político-jurídica desta transformação.

1. PROPORCIONALIDADE *VERSUS* RAZOABILIDADE

O princípio da proporcionalidade, ensina Canotilho[6], "dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como **medida** para as restrições administrativas da liberdade individual." Explica o ilustre constitucionalista português que, já no séc. XVIII, admitia-se a sua incidência como norma de caráter suprapositivo. No âmbito do direito administrativo brasileiro, igualmente, o princípio da proporcionalidade vem sendo admitido como instrumento de limitação da atuação administrativa discricionária, sempre que esta atuação implique na restrição de direitos dos administrados. Recentemente, inclusive, o princípio foi positivado, em nível infraconstitucional, no artigo 2º, inc. VI, da Lei n. 9.784/99, ao dispor que a Administração Pública observará, dentre outros, aos princípios da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, e que nos processos administrativos, deverão ser observados os critérios de "adequação entre

5 - Paulo Bonavides consigna que as "dificuldades terminológicas ainda afligem o princípio da proporcionalidade" (op. cit., p. 402).
6 - J. J. Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 266.

meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público."

Posteriormente a esta fase administrativista, em especial por intermédio das decisões do Tribunal Constitucional alemão[7] – que inicialmente serve-se da expressão **proibição de excesso** –, o princípio da proporcionalidade ultrapassa as fronteiras do Direito Administrativo para alcançar estatura constitucional, o que veio a permitir o desenvolvimento teórico acerca da sua aplicabilidade em um espectro muito mais amplo, concernente, a partir de então, não somente no controle da atividade administrativa (executiva), mas também no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, ou seja, na possibilidade de controle sobre a denominada esfera de **liberdade de conformação** própria e característica do legislador, o que configura questão muito mais delicada[8], em especial ante o comprometimento da integridade do princípio da separação das funções do Estado – viga mestra do Estado Democrático de Direito –, que deste controle excepcional sobre a atividade legislativa poderá decorrer.

A conformação do princípio da proporcionalidade, a partir da jurisprudência constitucional alemã, desenvolveu-se mediante a estruturação de elementos específicos, destinados a conferir racionalidade à sua aplicação, como explica Luís Virgílio Afonso da Silva[9]:

> A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma **estrutura** racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da **adequação**, da **necessidade** e da **proporcionalidade em sentido estrito** –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, **claramente**, da mera exigência de razoabilidade.
>
> A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação [...]

7 - Luís Virgílio Afonso da Silva. **O proporcional e o razoável**, p. 30.

8 - Gilmar Ferreira Mendes esclarece que o controle da constitucionalidade em face do "excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional", e que não se trata de instrumento de averiguação dos motivos internos e tampouco da finalidade do ato, em suma, não se trata de perquirir quanto ao mérito da lei, "invadindo seara reservada ao Poder Legislativo". (**Curso de direito constitucional**, p. 356)

9 - Op. cit., p. 30-31

Note-se que o citado autor refere-se a **regra** e não a **princípio** da proporcionalidade. A referência é proposital e decorre da crítica por ele formulada quanto à terminologia utilizada pela doutrina e pela jurisprudência quando se referem à **proporcionalidade**. Entende o autor que procedem as vozes doutrinárias que buscam demonstrar que o instituto não tem a conformação de princípio[10], mas sim de regra, segundo a concepção traçada por Alexy, no sentido de que os princípios seriam mandados de otimização, aplicáveis em maior ou em menor grau, conforme as possibilidades fática e jurídica do caso examinado, enquanto as regras corresponderiam a comandos definitivos, que seriam válidos ou inválidos, na hipótese concreta. Assim, considerando que a proporcionalidade deve ser aplicada em sua inteireza, conclui que não haveria identidade com o conceito de princípio, configurando-se como verdadeira regra.

Não obstante as ponderações mencionadas, e sem a pretensão de esgotar o tema, nos parece que o termo **princípio** da proporcionalidade é, ainda, o mais adequado para designar o instituto, uma vez que, mesmo que indiretamente, a sua aplicação implica, em certo aspecto, em uma colisão/limitação do princípio da separação dos poderes, uma vez que a medida (intensidade) da sua incidência, em cada caso, deve estar referida a este parâmetro, ou seja, a proporcionalidade encontra os contornos da sua aplicação na necessária harmonização com o princípio da separação das funções estatais. Essa característica, a nosso ver, permite que seja a proporcionalidade caracterizada como princípio, na perspectiva traçada por Alexy, quando da distinção regra-princípio. Ademais, ainda que assim não fosse, nos parece que o termo **princípio**, comumente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência no trato deste tema, não o é com a conotação proposta por Alexy, mas com um enfoque de cunho ontológico, no sentido pontuado pela Corte Constitucional Italiana:[11]

> Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

De outra parte, diferentemente do que se passou nos países de tradição jurídica romano-germânica, o princípio da **razoabilidade** surgiu

10 - Idem, p. 24-25
11 - Paulo Bonavides, op. cit., p. 256-257.

e desenvolveu-se a partir da "garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão",[12]que por sua vez tem origem na "cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215",[13] tendo seu expoente a partir das 5ª e 14ª emendas à Constituição dos Estados Unidos e vem influenciando decisivamente a jurisprudência da Suprema Corte daquele país.

Conforme ensina Luís Roberto Barroso[14], a aplicação do princípio da razoabilidade, como forma de controle do arbítrio dos poderes executivo e legislativo, foi implementada nos Estados Unidos a partir da estruturação do *substantive due process*, isto é, após ultrapassada a fase inicial de construção do princípio do devido processo legal, ou seja, após vencida a fase do *procedural due process*, quando não se admitia qualquer espécie de controle sobre o mérito do ato administrativo ou legislativo, restringindo-se o Judiciário a verificar os aspectos de natureza processual relativos à garantia do contraditório e da ampla defesa. Com o desenvolvimento da cláusula do *substantive due process*, passa o controle judicial a incidir sobre o aspecto da **discricionariedade** dos atos restritivos de direitos, no intuito de verificar a compatibilidade entre os meios escolhidos e os fins perseguidos, bem como a verificar a legitimidade de tais fins perante o ordenamento constitucional. Trata-se, assim, de examinar a **razoabilidade** do ato emanado do poder público em confronto com o que é aceito pelo **senso comum em determinada época**, o que revela desde logo a sua intrínseca subjetividade e a dificuldade de delimitação da sua conceituação e alcance, conforme refere o autor mencionado, ao transcrever a seguinte passagem do pronunciamento do *Justice* Harlam, da Suprema Corte americana[15]:

> "Devido processo" não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.

Já, na Inglaterra, fala-se em princípio da **irrazoabilidade,** que teria origem em decisão judicial datada de 1948, conhecida como *test Wednesbury*, e que consistia tão-somente em afastar os atos **evidentemente** irrazoáveis, segundo a clássica fórmula: "se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir".[16]

12 - Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 218.
13 - Idem, p.218.
14 - Idem, p. 218-246.
15 - Idem, p. 220.
16 - Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 29.

Pelo que se pode ver, embora o princípio da razoabilidade tenha subjacente a – não pouco atraente – ideia de **justiça,** é precisamente daí que decorre a subjetividade a ele inevitavelmente inerente e que levou Luís Roberto Barroso[17] a concluir pela necessidade de "seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para os fins aqui considerados, os de cunho normativo", sob pena de esvaziamento do sentido do princípio, "por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamento *ad hoc*".

Por conseguinte, é possível concluir que, o que distancia a **razoabilidade** da **proporcionalidade,** para além dos distintos contextos em que se originaram, é justamente o grau de subjetividade de cada um dos postulados, nos parecendo correto afirmar que a **razoabilidade**, pela ausência de parâmetros mais concretos que delimitem a sua incidência, revela-se de aplicação **mais restrita**, porque se **auto-limita** ante a impossibilidade de rejeitar atos restritivos de direitos que não se mostrem **extraordinariamente não-razoáveis**, enquanto a **proporcionalidade**, cujos contornos teóricos e cuja aplicação encontram diretrizes em elementos mais palpáveis (**adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade em sentido estrito**), como veremos mais adiante, embora ainda permita relativo grau de subjetividade do julgador, mostra-se como uma possibilidade de intervenção de maior profundidade no controle da liberdade de conformação do legislador[18].

Enfim, o princípio da **proporcionalidade** oferece elementos para que o exame sobre o eventual excesso do legislador se dê em maior extensão do que permite o postulado da **razoabilidade**.

2. FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não obstante a constatação empírica de que o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado pelos tribunais de diversos países, inclusive no Brasil, como veremos mais adiante, ao tecermos breves considerações sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, é imprescindível que tal aplicação, ainda que não estabelecida diretamente em texto expresso, encontre seus fundamentos de admissibilidade no ordenamento jurídico, a fim de justificar a eleição deste modelo de controle de constitucionalidade, até porque esta não seria a única forma de controle

17 - Op. cit., p. 225-226.

18 - Luís Virgílio Afonso da Silva, nesse sentido, deixa assentado que: "Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis." (op. cit., p. 29)

possível sobre o eventual excesso cometido pelo legislador.[19]

Em Portugal, nos mostra Canotilho[20] – que se refere indistintamente a princípio da **proporcionalidade** ou princípio da **proibição de excesso** –, o postulado foi alçado a princípio constitucional, referido expressamente em diversos artigos da Constituição daquele país, como é exemplo o artigo 18º/2, a seguir transcrito, e onde revela-se positivada a possibilidade de atuação jurisdicional efetiva sobre a liberdade de conformação do legislador, quando da elaboração de normas restritivas de direitos fundamentais:

> 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Todavia, na maioria das constituições, o princípio não vem expresso. Sustenta a doutrina[21], de forma geral, ora que o princípio encontra seu fundamento constitucional no **Estado de Direito**, ora que decorre do próprio **sistema de direitos fundamentais;** ainda há, todavia, aqueles que o admitem com origem no direito **suprapositivo**.

Gilmar Ferreira Mendes[22] aponta que a distinção quanto ao fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade não é indiferente em suas consequências quanto ao campo de aplicação, assentando:

> Se se cuida de enfatizar o fundamento nos direitos fundamentais, terá esse princípio aplicação na relação entre cidadão e Estado, aqui contemplados os conflitos entre os entes privados que ao Estado incumbe solver. Se, ao revés, o princípio em apreço assenta-se na ideia do Estado de Direito, tem-se a sua projeção não só para a relação entre o cidadão e o Estado, mas também para a relação entre os poderes.

Ainda, segundo o citado autor, em diversos casos, a jurisprudência tem admitido a incidência do princípio da proporcionalidade como **princípio geral de direito**, como se verifica em decisões da Corte Constitucional alemã – que também o admite como decorrente tanto dos direitos fundamentais quanto do

19 - Conforme assevera Luís Virgílio Afonso da Silva, ao buscar identificar o fundamento do controle do excesso legislativo mediante a utilização da proporcionalidade, o "que resta sem resposta, contudo, é a razão pela qual esse controle deve ser feito por intermédio da regra da proporcionalidade e não por outro método [...]", pois existem "diversos outros modelos de controle que poderiam desempenhar a mesma tarefa." (op. cit., p. 43)

20 - Op. cit., p. 266-267

21 - Sobre o tema vejam-se: Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 356-357; Canotilho, op. cit., p. 269 e Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 42-44.

22 - Op. cit., p. 357.

Estado de Direito. No Brasil, em alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, também se tem emprestado à proporcionalidade a conformação de princípio geral de direito .[23]

Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade tem assento no que o prestigiado autor nomina como "segundo Estado de Direito". Este segundo **Estado de Direito** é aquele fundado no princípio da **constitucionalidade** em contraposição ao Estado de Direito fundado no princípio da **legalidade**, cujo apogeu deu-se com a Constituição de *Weimar* e que se encontra em declínio. Está no bojo deste novo Estado de Direito, alicerçado na supremacia da constituição, após a Segunda Guerra, o surgimento do princípio da proporcionalidade, que dele seria derivado. Posteriormente, a proporcionalidade evoluiu para **princípio geral de direito**, prestando-se a servir de princípio de interpretação constitucional destinado ao controle de constitucionalidade da lei, como registra o festejado jurista[24]:

> Aliás, o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade. A revolução constitucional que deu origem ao segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de "declarações político-filosóficas", se tornaram "atos de legislação vinculantes", conforme demonstra um notável constitucionalista espanhol – atos, portanto, plenos de juridicidade.
>
> A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça.
>
> Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Já, na ótica de Luís Virgílio Afonso da Silva,[25] a tentativa doutrinária de encontrar uma "fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade", no direito brasileiro, está destinada ao fracasso, na medida em que tal postulado encontra sua origem na "**própria estrutura dos direitos fundamentais**". Propugna o referido autor que, admitindo-se os direitos fundamentais como princípios, segundo a definição de Alexy, então devem eles ser vistos como "**mandamentos de otimização**", isto é, como

23 - Op. cit., p. 356-364
24 - Idem, p. 398-399.
25 - Op. cit., p. 43-44.

normas que devem ser aplicadas na maior extensão possível, diante da situação fática e da possibilidade jurídica do caso concreto, despontando nesse ponto a proporcionalidade, como princípio que visa a dar a medida da **otimização** buscada.

Efetivamente, conforme revela Luís Roberto Barroso[26], na Constituição brasileira de 1988, a intenção do constituinte de introduzir, expressamente, o princípio da **razoabilidade**, como forma de controle dos atos executivos, estava contemplada no texto final aprovado pela Comissão de Sistematização, ao dispor que a "Administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios [...], exigindo-se, [...] **como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade**." Entretanto, a referência expressa à razoabilidade foi suprimida do texto final, de modo que não há norma escrita na Constituição que regule especificamente o instituto entre nós. Não obstante, sustenta o jurista mencionado que o princípio da **razoabilidade** pode ser extraído da Constituição, como decorrência do Estado de Direito, na esteira da doutrina alemã, ou com fundamento no princípio do devido processo legal, para os adeptos da doutrina norte-americana.

A nosso ver, pensamos que no âmbito do ordenamento pátrio, embora não haja norma expressa cuidando de estabelecer a **proporcionalidade** como princípio de interpretação constitucional destinado a impor limites à esfera de discricionariedade do legislador, este princípio deriva, necessariamente, do Estado Democrático de Direito, a que refere Paulo Bonavides, postulado fundamental que emerge do artigo 1º,[27] da Carta Política. É que fundando-se o Estado Democrático de Direito, dentre outros[28], no princípio da supremacia da Constituição, resulta, obrigatoriamente, que todos os poderes estão absolutamente limitados pelo **sistema de garantias fundamentais** ali estabelecido. Segue-se daí a imprescindibilidade de que o controle de constitucionalidade alcance os atos emanados do legislativo, sempre que impliquem na restrição a direitos fundamentais, não somente no seu aspecto formal, porquanto tais atos devem estar igualmente em conformidade com a Constituição material, pois se assim não for, estará o legislador ordinário solapando a supremacia constitucional e, por consequência, vilipendiando o Estado Democrático de Direito, na medida em que desconsidera aquilo que

26 - Op. cit., p. 236-237.

27 - "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 [...]"

28 - José Afonso da Silva estabelece os seguintes princípios conformadores do Estado Democrático de Direito: (a) **da constitucionalidade** (supremacia da constituição [rígida e emanada da vontade popular]); (b) **democrático** (democracia representativa, participativa e pluralista); (c) **sistema de direitos fundamentais**; (d) **da justiça social** (arts. 170 e 193, da Constituição, realização da democracia cultural e social); (e) **da igualdade**; (f) **da divisão de poderes e independência do juiz**; (g) **da legalidade**; (h) **da segurança jurídica**. (op. cit., p. 110-111)

o constituinte originário, revestido da representação a ele outorgada pela soberania popular, deixou assentado no pacto constitucional.

Evidentemente, não se quer dizer com isso que deva o judiciário imiscuir-se, a todo tempo, em questões valorativas, próprias do ambiente congressual, de modo a substituir-se ao legislador no estabelecimento de políticas públicas. Entretanto, sempre que a lei vier para limitar direito fundamental estampado na Constituição, é possível o exame da norma pelo juiz, por intermédio do princípio da proporcionalidade, de modo a verificar, a partir da própria Carta, a legitimidade da correlação entre o meio utilizado e o fim visado pelo legislador, conforme consigna Luís Roberto Barroso:

> Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação de valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Conforme dissemos alhures, não se devem tomar **proporcionalidade** e **razoabilidade** como sinônimos, tendo em vista que distinguem-se pela origem, pelo conteúdo e pela metodologia de aplicação. Relativamente à **proporcionalidade** propriamente, a terminologia, por igual, mostrou-se extremamente variável no decorrer do desenvolvimento histórico-doutrinário do princípio, muitas vezes confundindo-se o todo com seus elementos constitutivos, conforme se colhe da lição de Paulo Bonavides:[29]

> Em suma, com respeito à questão terminológica, faz-se mister adotar uma posição cautelosa como preconiza Hirschberg. Tocante ao princípio da proporcionalidade há sempre – conforme ele assevera – o risco de graves mal-entendidos ou ambiguidades derivadas da linguagem nem sempre clara, uniforme ou inequívoca relativamente à definição do conteúdo do princípio, isto é, ao reconhecimento de suas partes constitutivas e das respectivas designações de que tem sido objeto e até mesmo com referência ao "princípio geral" (*Gesamtgrundsatz*), ou

29 - Op. cit., p. 406.

> seja, à proporcionalidade numa acepção lata.
> Resume Hirschberg os "grandes estádios", a saber, a trajetória temporal do "princípio da proporcionalidade", qual hoje o conhecemos e utilizamos em sua acepção lata, que abrange todos aqueles aspectos ou conteúdos parciais inseridos em sua composição, sob a denominação de *Übermassverot*. Tem o mesmo significado do princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) no Direito de Polícia (*Polizeirecht*), conforme consta da noção conceitual estabelecida por Jellinek. A seguir, biparte-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo ainda um círculo de aplicação relativamente limitado, qual flui dos ensinamentos de Lerche. De último, a par da *Übermassverbot*, que não foi desterrada do uso terminológico, serve a proporcionalidade para desvendar a "trias" de subprincípios ou conceitos parciais conhecidos por regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Geeignetheit, Erforderlichkeit e Verhältnismässigkeit i. e. S.)*

De toda sorte, não obstante a errática utilização de termos os mais diversos para a designação do instituto ora examinado, nem sempre precisos quanto a seu conteúdo, confundindo-se, *v.g.*, **proporcionalidade** (em sentido amplo) com **proibição de excesso**, termo que na verdade mais diz respeito ao subprincípio da **necessidade**, é correto afirmar que, na atualidade, segundo a concepção do que se tem por **proporcionalidade**, **em sentido lato**, o princípio decompõe-se em três subprincípios, a saber: (1) **adequação**; (2) **necessidade**; e, (3) **proporcionalidade em sentido estrito**.

Antes de adentrarmos na análise de cada um deles, é recomendável observar, preliminarmente, em conformidade com o escólio de Luís Virgílio Afonso da Silva,[30] que a aplicação do princípio da proporcionalidade exige que seus subprincípios sejam verificados na ordem acima indicada, ou seja, a **necessidade** somente será aferida se resolvida favoravelmente a questão da **adequação**, e a **proporcionalidade em sentido estrito** se atendidas as exigências da **adequação** e **necessidade**, cumulativamente. Isto é, os elementos que conformam o modelo de aplicação do princípio da proporcionalidade guardam entre si caráter de subsidiariedade, de modo que basta o desatendimento a um deles, segundo a ordem de verificação estabelecida, para que se tenha a inconstitucionalidade da norma examinada.

3.1. Adequação

O primeiro elemento que deve ser tomado em conta para se verificar a proporcionalidade de uma determinada medida restritiva de direitos

30 - Op. cit., p. 30.

fundamentais é a **adequação** entre o meio utilizado e o fim a ser alcançado, isto é, deve ser atendida e exigência de que "as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos."[31] A noção de **aptidão** da medida para a consecução do fim almejado, é bom que se diga, não deve ser tomada em sentido absoluto, de modo a se ter por adequada apenas a restrição que determine, sem sombra de dúvidas, a realização da meta por ela visada. Ou melhor, a adequação não exige – como por vezes dá a entender a doutrina e a jurisprudência – um juízo de certeza de que, com a adoção daquela providência, o fim será, obrigatoriamente, alcançado. Sobre o tema, aliás, oportunas as observações de Luís Virgílio Afonso da Silva:[32]

> Esses conceitos de adequação não são, contudo, os mais corretos. A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por **fomentar**, e não por **alcançar**, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por **alcançar**. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado **ou pelo menos fomentado**". Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.

Portanto, a **adequação** de uma medida restritiva de direitos fundamentais deve ser aferida, objetivamente, tão-somente a partir do **potencial** que nela se contém, no sentido de servir de medida fomentadora da realização do objetivo perseguido, sem que se possa dela exigir a certeza de que o objetivo será alcançado. A delimitação aqui tratada é de grande relevância, porque restringe o espectro do controle jurisdicional sobre a discricionariedade do legislador, evitando que tribunais findem por substituírem-se arbitrariamente aos órgãos de representação popular na escolha entre medidas de cunho notoriamente político. De outro modo, pode-se dizer que a verificação da **adequação** deve ser efetivada de modo objetivo, tendo-se por **inadequada** apenas aquelas providências restritivas que, evidentemente, não resultarão em qualquer

31 - Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 366.
32 - Op. cit., p. 36-37.

benefício para a consecução do fim buscado, isto é, tendo a medida restritiva, potencialmente, aptidão para alcançar o resultado pretendido, não cabe ao julgador exercer um juízo prognóstico[33] a fim de, subjetivamente, desautorizá-la.

George Marmelstein[34] aponta alguns exemplos para ilustrar o que aqui se está a referir:

> [...] quando o legislador estipulou a obrigatoriedade de uso do cinto de segurança no intuito de diminuir as mortes causadas por acidentes de trânsito, ninguém sabia se a medida seria eficaz. Hoje, já existem dados suficientes que demonstram que o objetivo do legislador foi alcançado, sendo, portanto, adequada a medida. Outros exemplos podem ser dados: proibição de venda e consumo de bebidas alcoólicas a partir de determinados horários ou então nas proximidades de rodovias. É difícil dizer se as referidas medidas conseguirão resolver o problema a que se propõem.

Não obstante os exemplos transcritos prestem-se a demonstrar uma situação de incerteza que dá ensejo à prevalência da opção legislativa, ou seja, tratam-se de casos em que há de se reconhecer satisfeito o requisito da **adequação**, observamos, em contraste com o pensamento do autor mencionado, que não há a necessidade e nem a possibilidade de verificação da constitucionalidade *a posteriori*, ou seja, uma espécie de reavaliação, após a verificação dos resultados concretos obtidos com a medida restritiva adotada. É que conforme assentamos anteriormente, a **adequação** não está vinculada à consecução efetiva do resultado, bastando que a medida, quando editada, mostre-se apta a fomentar – "proporcionar os meios para o desenvolvimento de (algo); estimular, promover [...]"[35] – aquilo que se busca com a restrição imposta. Logo, uma vez atendida esta condição, deve-se concluir que a medida é **adequada**, independentemente de vir a se concretizar ou não o objetivo por ela visado.

Ainda a título exemplificativo, veja-se o recente caso da pandemia da Gripe A (H1N1), vulgarmente conhecida como **gripe suína**. Uma das medidas sanitárias, consensualmente, admitida como preventiva da disseminação da doença pelas autoridades públicas é a recomendação de que se evitem aglomerações de pessoas em locais fechados. Segue daí que, qualquer medida administrativa ou legislativa restringindo a reunião de

33 - Nos referimos a juízo prognóstico no sentido da concepção de avaliações subjetivas relativas ao acerto ou erro da previsão legislativa, ou seja, da probabilidade de que o esperado evento futuro efetivamente ocorra.

34 - **Controle judicial dos direitos fundamentais**, p. 70-71.

35 - Conforme Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, disponível em www.uol.com.br.

pessoas sob tais circunstâncias, mostra-se **adequada** (fomentadora do) ao fim visado – preservar a saúde da população evitando a propagação da doença –, não havendo aqui, espaço para juízo de valor da parte do juiz quanto à **adequação** da restrição. A avaliação posterior, a partir de dados estatísticos que venham a ser coletados, sobre o resultado relativo das diversas medidas que forem adotadas para evitar as aglomerações de pessoas, isto é, de que modo tais medidas influenciaram, de fato, em maior ou menor extensão, o controle da propagação da doença, pode servir apenas para a administração planejar futuras intervenções, todavia, em nada serve para que o Judiciário venha a reconhecer a **inadequação** *a posteriori* desta ou daquela medida. Observo que estamos aqui tratando apenas do requisito relativo à **adequação**, e não da **proporcionalidade** de uma determinada medida, que poderá não se verificar, levando à sua inconstitucionalidade, todavia, isso não se dará pela sua inadequação, mas porque poderá não atender aos subprincípios da **necessidade** ou da **proporcionalidade em sentido estrito**.

3.2 Necessidade

O segundo elemento a compor a análise da proporcionalidade é o requisito da **necessidade** da medida restritiva de direito fundamental adotada pelo poder público.

Na dicção de Gilmar Ferreira Mendes[36], o "subprincípio da **necessidade** (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos." Também conhecido como princípio da **proibição de excesso** ou da **menor ingerência possível**, traz consigo a "ideia de que o cidadão tem **direito à menor desvantagem possível**".[37] O sentido do preceito é objetivamente apreendido por Luís Virgílio Afonso da Silva, nos seguintes termos:[38]

> Suponha-se que, para promover o objetivo **O**, o Estado adote a medida $\mathbf{M_1}$, que limita o direito fundamental **D**. Se houver uma medida $\mathbf{M_2}$ que, tanto quanto $\mathbf{M_1}$, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo **O**, mas limite o direito fundamental **D** em menor intensidade, então a medida $\mathbf{M_1}$, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.

36 - Op. cit., p. 366.
37 - J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 270.
38 - Op. cit., p. 38.

Como se vê, **adequação** e **necessidade** são elementos que não se confundem, apresentando este último maior relevância para o exame da proporcionalidade da medida restritiva de direito[39]. É que, o conteúdo intrinsecamente comparativo do exame da **necessidade** da medida restringente permite ao intérprete um maior grau de subjetividade na sua apreciação do que o exame da **adequação**, o que leva a doutrina, inclusive, a buscar elementos complementares no sentido de regular a sua aplicação prática, conforme especifica Canotilho:[40] .

> **a)** a **exigibilidade material**, pois o meio deve ser o mais "poupado" possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; **b)** a **exigibilidade espacial** aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; **c)** a **exigibilidade temporal** pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; **d)** a **exigibilidade pessoal** significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.

Outro aspecto que não deve ser deixado em segundo plano pelo intérprete é o de que as medidas a serem hipoteticamente comparadas, no teste da **necessidade**, devem ser capazes de conduzir, **com igual nível de eficácia**, ao resultado perseguido. Ou seja, para se afastar uma determinada medida, tendo-a por desnecessária em comparação com outra, que afetaria em menor extensão o direito fundamental em jogo, é preciso que esta medida alternativa seja apta a realizar o fim pretendido com a mesma intensidade que a medida rejeitada. Não basta, portanto, que a medida alternativa vislumbrada pelo intérprete resulte em menor prejuízo ao direito sacrificado, é preciso que, além disso, mostre-se tão eficaz quanto a medida rechaçada.

Exemplificativamente, vejamos o caso a que nos referimos no item anterior, concernente às medidas sanitárias de controle da pandemia da Gripe A(H1N1). Suponhamos que o legislador federal determinasse que, com o objetivo de evitar aglomerações, seriam suspensas as aulas nas escolas de todo o país, ato que limita o direito à educação das crianças e adolescentes, bem como a autonomia dos estabelecimentos de ensino. A medida seria adequada, pois potencialmente apta à consecução da finalidade almejada, todavia, sabendo-se que existem diversas regiões onde não se instalou a pandemia, isto é, onde não há casos da doença, a medida se mostra desnecessária, por desatender à **exigência de limitação espacial** da restrição, uma vez que, nestas regiões não afetadas pela enfermidade que se quer combater, a restrição aos direitos mencionados não se justificaria, na medida em que outras medidas, menos

39 - Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 366.
40 - Op. cit. p. 270.

restritivas, poderiam ser adotadas, com a mesma ou até maior eficiência. Neste exemplo, a desnecessidade da medida evidencia-se facilmente, entretanto, na grande maioria dos casos, o descompasso da restrição não se mostra com tal nitidez. Veja-se, na mesma situação, a hipótese em que o poder público determinasse o fechamento das salas de cinema, teatro e demais espetáculos afins, nas cidades com maior incidência da doença. Aqui, do mesmo modo que na hipótese anterior, a **adequação** da medida é irretorquível, pois a restrição imposta à atividade empresarial é fomentadora do objetivo a ser alcançado – preservar a saúde da população evitando aglomerações de pessoas em ambientes fechados e com isso prevenindo a disseminação da doença. Já, a análise da **necessidade** revela-se mais complexa, na medida em que existem outras medidas que podem ser adotadas nesse sentido, tais como a utilização obrigatória de máscaras de proteção, juntamente com a limitação à metade da lotação das salas de exibição, por exemplo, medidas estas que, sem dúvida, afetariam o direito dos empresários em menor extensão, todavia, resta saber se teriam a mesma eficácia da medida originariamente proposta pelo poder público de fechamento das salas de exibição. Não pretendemos, aqui, apontar a solução, pois isso foge ao escopo deste trabalho, mas apenas ilustrar como, em um caso desta natureza, dificilmente se pode afastar o considerável grau de subjetividade da solução que vier a ser adotada. Deixamos, portanto, em aberto, a questão central, isto é, em casos assim, tal escolha subjetiva seria própria da atividade do legislador/administrador ou podem os tribunais interferir para determinar a política de saúde pública mais adequada?

Por fim, merece ainda registro que, não obstante o subprincípio da **necessidade** seja visto, de regra, no sentido da **vedação de excesso**,[41] tem a doutrina, a partir de manifestações da Corte Constitucional alemã, apontado, também, no sentido da possibilidade do controle de constitucionalidade a partir da **proibição da proteção insuficiente** (*Untermassverbot*).[42] As constituições, em especial aquelas de caráter exaustivo, como a brasileira, tendem a impor ao Estado o dever de proteção e promoção de diversos direitos fundamentais por elas expressamente assegurados[43], de modo que a omissão do poder público, ainda que parcial, deixando de legislar ou de adotar uma providência administrativa determinada pelo constituinte originário, ou, ainda, legislando aquém do que prescreve a Constituição para a concretização do direito fundamental por ela assegurado, ou tomando medidas administrativas parciais, configura omissão passível de censura judicial. Todavia, consoante

41 - Nesse sentido Canotilho consigna que o "sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o **excesso**, releva a **proibição por defeito** (*Untermassverbot*)." (op. cit., p. 273).

42 - Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 367.

43 - George Marmelstein, op. cit., p. 74.

o escólio de Gilmar Ferreira Mendes,[44] a omissão integral do Estado, isto é, na hipótese em que o poder público deixa de tomar qualquer providência para a proteção/promoção do direito fundamental, não se está propriamente ferindo o **princípio da proibição da proteção insuficiente**, mas um dever de legislar ou de adotar outra providência protetiva. A insuficiência da proteção, por conseguinte, verificar-se-ia somente quando o Estado adota alguma medida protetiva, todavia, o faz de modo insatisfatório, concluindo que, em verdade, considerados os três elementos que compõem a **proporcionalidade** (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tal insuficiência "nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)".

No âmbito da jurisprudência brasileira, a ADI 1.458/DF,[45] na qual o Supremo Tribunal Federal apreciou a inconstitucionalidade de norma que fixava o valor do salário mínimo, em contraste com a garantia de valor suficiente prevista no art. 7º, IV, da Constituição Federal, bem ilustra o espectro de aplicação da **proibição da proteção insuficiente**,[46] deixando a Corte consignado que:

> [...] SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL.
> - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.
> - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.
> - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - **ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização**, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada

44 - Op. cit., p. 367.
45 - Disponível em www.stf.jus.br.
46 - O exemplo é mencionado por George Marmelstein, op. cit., p. 75.

> na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. [...] (grifo nosso)

A decisão, todavia, não teve maior repercussão prática, pois o Supremo Tribunal Federal entende que, no caso de omissão legislativa, cabe-lhe, tão-somente, notificar o legislador omisso para que adote as providências pertinentes a suprir a falta, não sendo lícito à Corte, por si mesma, regular o caso concreto.

Voltando ao exemplo da pandemia da Gripe A(H1N1), que vimos tratando nos itens anteriores, é de se observar que além das medidas protetivas restritivas que podem ser adotadas pelas autoridades sanitárias, **devem** igualmente ser adotadas ações protetivas positivas, tais como o atendimento médico especializado pelo Sistema Único de Saúde, com a disponibilização dos meios técnicos necessários e suficientes ao combate da doença. Dentre tais meios, o fornecimento do medicamento específico existente para o tratamento da enfermidade deve ser satisfatório, no sentido do atendimento de todos os casos em que se confirme que o paciente está infectado pelo vírus mencionado, até porque esta é a recomendação da OMS. Por conseguinte, em princípio, qualquer protocolo estabelecido pelas autoridades públicas locais competentes, que restrinja o uso da medicação apenas aos **casos mais graves** ou a determinados **grupos de risco**, como se verificou ao início da pandemia, mostra-se francamente contrário ao primado da **proibição da proteção insuficiente**, uma vez que a preservação da saúde da população é obrigação do Estado, nos moldes do art. 196,[47] da Carta, devendo se dar de modo **universal** e **igualitário**. E nesta hipótese, diferentemente da situação em que a omissão é de natureza legislativa, é possível ao juiz interferir diretamente, determinando à autoridade administrativa que supra a falta concretamente, sob pena de sanção pecuniária ou até mesmo de intervenção.

3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Apesar de reconhecidas a **adequação** e a **necessidade** de uma determinada medida coativa de direitos fundamentais, não pode o intérprete furtar-se de avaliar o terceiro elemento da **proporcionalidade**, qual seja, **a proporcionalidade em sentido estrito**. Trata-se aqui, como ensina a

47 - "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

doutrina,[48] de realizar o "sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva." Ou, na lição de Canotilho[49]: "Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim."

Importa ainda registrar que, para a reprovação de uma medida no aspecto da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela atinja o núcleo essencial[50] do direito fundamental restringido, bastando à sua rejeição que "os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham **peso** suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental."[51]

Trata-se, portanto, de realizar a valoração de dois preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais, que em determinado momento se entrechocam, de modo a decidir qual deles **vale mais,** naquele caso concreto. Evidentemente que se cuida de tarefa extremamente complexa, especialmente se se está a valorar uma norma expedida pelo Poder Legislativo, detentor da representação popular e da liberdade de conformação que dela decorre. Consequentemente, tal ponderação axiológica somente pode ter lugar nos tribunais, excepcionalmente, e deve ser realizada sempre a partir dos critérios que estejam indicados na própria Constituição, sob pena de se acabar "incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz"[52], numa total inversão funcional dos poderes do Estado. Há que se observar, ainda, que a dificuldade de substituição da valoração do legislador pela dos tribunais, cresce quando se trata de direitos fundamentais sujeitos a **reserva legal**.[53]

De toda sorte, a ponderação envolve um insuperável juízo subjetivo de valoração por parte do intérprete, o que aponta para a necessidade do estabelecimento de métodos de interpretação que conduzam a uma conclusão cuja motivação reste densamente demonstrada e que encontre

48 - Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 40.
49 - Op. cit., p. 270.
50 - Sobre o tema veja-se Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 348-355.
51 - Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 41.
52 - Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 366-367.
53 - Dizem-se sujeitos à reserva legal os direitos fundamentais para os quais o constituinte originário outorgou o poder de regulação ao legislador infraconstitucional. Podem ser reconhecidos no texto da Lei Fundamental geralmente pelas expressões **nos termos da lei**, **na forma da lei**, **a lei estabelecerá**, etc. Gilmar Ferreira Mendes distingue, ainda, entre **reserva legal simples** e **reserva legal qualificada**. A primeira confere maior liberdade ao legislador, referindo apenas à possibilidade de regulação infraconstitucional, enquanto a segunda diz respeito aos preceitos nos quais, além da necessidade da lei, o constituinte já estabeleceu o conteúdo sobre o qual poderá versar a norma reguladora (op. cit., p. 340-347). Dentre os diversos exemplos de reserva legal qualificada mencionados pelo referido autor, trazemos, a título ilustrativo, a disposição do art. 5º, XII, da Carta, que cuida da possibilidade de violação das comunicações telefônicas, que poderá ocorrer conforme **estabelecer a lei**, lei esta que, obrigatoriamente, deverá prever que a medida somente poderá realizar-se por **ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**.

amparo consistente no ordenamento constitucional, afastando-se, assim, o quanto possível, as decisões discricionárias baseadas fundamentalmente na experiência e nos valores individuais do julgador. A propósito, oportuna a advertência de Inocêncio Mártires Coelho acerca da necessidade da utilização de critérios racionais de interpretação constitucional:

> Apesar ou por causa desse panorama de **vale-tudo** e de relativismo banalizador, em que vicejam as **imposturas intelectuais** – como as que foram denunciadas, em críticas demolidoras, por Sokal e Bricmont –, apesar dessa postura descomprometida com padrões mínimos de racionalidade, não foram poucos os que, remando contra a maré, se preocuparam em sinalizar caminhos para a atividade hermenêutica, em buscar rigor e objetividade para o trabalho interpretativo, num movimento que encontra adeptos no âmbito das ciências do espírito, em geral, e nos domínios da hermenêutica jurídica, em particular, onde aquela preocupação se mostrou ainda mais premente porque, afora os que defendiam a liberdade de **interpretação**, logo surgiram, também, os pregadores da **livre criação** do direito, um projeto **revolucionário** que os seus arquitetos imaginavam executar sobre as **ruínas** da dogmática jurídica.
>
> Nesse contexto, como anotado acima, deveu-se a Emílio Betti a melhor formulação do já aludido cânone da **autonomia** hermenêutica ou da **imanência** do critério hermenêutico, uma fórmula que, sem desprezar o momento ou o fator subjetivo da interpretação – uma pretensão de resto impossível –, mesmo assim pudesse impedir que os críticos do objetivismo mergulhassem a hermenêutica num pântano de relatividade. Consoante esse paradigma, cumpre ao intérprete procurar extrair o significado **inerente** às formas representativas, em vez de tentar atribuir-lhes, *ab extra* e de modo arbitrário, ou até mesmo fraudulentamente, sentidos outros, a elas de todo estranhos ou nem de longe coincidentes com aquilo que imaginaram seus criadores.

Feitas estas advertências, para o que interessa ao exame da **proporcionalidade em sentido estrito**, cumpre ao intérprete, ao valer-se da técnica de ponderação, em um primeiro momento, tentar harmonizar os direitos fundamentais em conflito, por meio do **princípio da concordância prática**, apenas passando ao **sopesamento** de valores se aquela tentativa restar frustrada.[54]

A **concordância prática**, criação da Corte Constitucional alemã, "determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão

54 - George Marmelstein, op. Cit., p. 80.

reciprocamente poupadas e compensadas".[55] Trata-se, por conseguinte, de primado inerente ao princípio da **unidade da Constituição**, consistindo numa "recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum."[56]

Apenas quando não for possível a operação de harmonização das normas constitucionais colidentes é que poderá o julgador passar ao segundo passo, isto é, ao **sopesamento** dos valores constitucionais em disputa. E diversos são os casos em que o reconhecimento da prevalência de um dos direitos fundamentais em conflito resultará no total aniquilamento do outro, como quando a lei penal criminalizadora do aborto é excepcionada na hipótese de gravidez resultante de estupro. Nesse caso, a escolha política feita pelo legislador faz com que o direito à dignidade da mãe violada prevaleça, de modo absoluto, sobre o direito à vida do feto, concebido de uma relação espúria. Acaso fosse adotada a posição contrária, a dignidade da mãe seria inteiramente solapada em benefício da preservação do direito à vida do feto. Não há, aqui, portanto, a possibilidade de utilização do princípio da **concordância prática** para a verificação a concretização da **proporcionalidade em sentido estrito**. Não há meio termo.

Consequentemente, se fosse o caso de examinar a constitucionalidade da possibilidade de aborto sob tal circunstância – gravidez resultante de estupro –, em face dos direitos fundamentais que se entrechocam, ou seja, a dignidade da pessoa humana e a vida, haveria o julgador de fazer a ponderação de valores, ou seja, teria que, obrigatoriamente, estabelecer, para aquela situação concreta, uma "hierarquia axiológica entre os valores constitucionais",[57] embora de há muito se reconheça que não existe hierarquia **normativa** entre direitos fundamentais, na medida em que todos revestem-se da mesma estatura jurídico-constitucional. Essa tarefa valorativa, todavia, é extremamente complexa para os tribunais, afastados no tempo e no espaço da realidade social, de modo que transita no limite entre o exercício legítimo da competência constitucional traduzida no primado da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV) e a usurpação da função legislativa (artigos 44 e 48). Por conseguinte, a apreciação judicial sobre as escolhas do legislador, em casos como este, para legitimar-se, exige do julgador uma fundamentação exaustiva, que seja capaz de esgotar todos os ângulos pelos quais o tema possa ser tratado.

55 - Idem, p. 81.
56 - Inocêncio Mártires Coelho, op. cit., p. 136.
57 - George Marmelstein, op. cit., p. 87-88.

4. A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao se buscar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio da **proporcionalidade**, a primeira observação que se mostra pertinente é a de que a Corte, absolutamente, não trata o tema de modo racionalmente estruturado. Na maioria das vezes não é feita qualquer distinção entre **razoabilidade** e **proporcionalidade**, valendo-se dos termos como se sinônimos fossem, além de utilizarem-se os institutos de modo puramente retórico, sem uma maior preocupação com a análise pormenorizada dos elementos que compõem o teste de proporcionalidade. O seguinte comentário de Luís Virgílio Afonso da Silva[58] acerca das decisões do STF bem ilustra o que se está a afirmar:

> A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta abusiva, recorre-se à fórmula "**à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, o ato deve ser considerado inconstitucional."

Decisões com esta conotação, embora possam justificar-se do ponto de vista **interno** – isto é, do ângulo da existência de uma relação racional entre motivos, meios e fins – apresentam-se extremamente inconsistentes no aspecto da sua justificação **externa**, ou seja, da demonstração quanto à compatibilidade destes meios e fins com as ações permitidas pelo ordenamento constitucional.[59]

Enfim, a confusão entre **razoabilidade** e **proporcionalidade** e a ausência de uma fundamentação sistematizada quando da menção aos referidos institutos, levam à conclusão de que "na jurisprudência do STF não se encontram maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a regra da proporcionalidade no Brasil."[60]

Isso, todavia, não significa que a Corte não venha utilizando estes institutos em diversos julgados. Um dos primeiros casos noticiados pela doutrina[61] refere-se ao RE 18.331, julgado em 21 de setembro de 1951, da relatoria do Ministro Orosimbo Nonato. Naquela ocasião, sob a égide da Constituição de 1946, a Corte serviu-se da figura do *détournement de pouvoir*

58 - Op. cit., p. 31.
59 - Luis Roberto Barroso, op. cit., p. 226
60 - Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 33.
61 - Luis Roberto Barroso, op. cit., p. 234-235.

ou do **desvio** ou **excesso de poder**, consagrada no direito administrativo francês, para apreciar a constitucionalidade da Lei n. 955/48, do município de Santos, que majorara o imposto de licença sobre cabines de banho. O juiz de primeira instância havia decretado a inconstitucionalidade da norma por entender que "fora excessiva a majoração e desproporcionada à capacidade econômica do contribuinte, capaz de cercear uma atividade lícita". O Tribunal de Justiça reformou a sentença, argumentando que "os tribunais só fulminam os atos dos outros poderes quando a ilegalidade é flagrante, não deixa margem a dúvida razoável", e que, naquele caso, o que estava prejudicando a atividade comercial da empresa recorrida era o custo do aluguel mensal que pagava pelo uso de sua sede, que havia sido sensivelmente aumentado naquele ano, e não a majoração do tributo questionado. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, embora tenha negado provimento ao extraordinário interposto contra o acórdão do Tribunal paulista, deixou assentada a possibilidade, excepcional, de controle de constitucionalidade da lei tributária com fundamento no excesso que inviabilize a própria atividade comercial geradora do tributo. Do voto condutor se extrai o seguinte fragmento[62]:

> Ilimitada não é, segundo Rui de Souza, citado na sentença de primeira instância a faculdade de determinar a quota do tributo, "não sendo lícito à administração pública levá-lo a tal extremo que negue o exercício da atividade que grava".
> O poder de taxar não pode chegar a desmedida do poder de destruir, substituído o conhecido axioma de Marshall pelo – de que "*the power to tax is the power to keep alive*". [...]
> É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até abuso, ao excesso, ao desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "*detournement de pouvoir*". Nem haveria que estranhar a invocação desta doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a Justiça argentina já proclamou que "*la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente com su espírito, es decidir, com su verdadero significado cuando la letra es obscura o da lugar a diversas interpretaciones*" [...]

Ainda em matéria tributária, já na vigência da Constituição de 1967, com a redação da EC n. 01/69, a Representação n. 1.077/84, onde se questionava a constitucionalidade da Lei n. 383/80, do Estado do Rio de Janeiro, que havia elevado a taxa judiciária estadual, é exemplo[63] de outro caso onde a Corte decidiu a partir do que considerou como "**equivalência**

62 - Disponível em www.stf.jus.br.
63 - Referido por Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 367-368.

razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar [...]"[64] (grifo nosso). Com este fundamento, concluiu-se pela inconstitucionalidade da lei, restando assentado que[65]:

> [...] como tais taxas dizem respeito à remuneração da prestação jurisdicional pelo Estado, podem elas, **se excessivas**, criar obstáculo, que resulta da lei que determina a fixação de seu valor, capaz de impossibilitar a muitos a obtenção dessa prestação, o que acarreta a inconstitucionalidade dessa lei, por ofensa ao princípio inserido na parte inicial do §4º do art. 153 da Constituição: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". (grifo nosso)

Como se vê, o Tribunal examinou a validade da taxa sob o prisma da restrição do direito de acesso ao Judiciário, findando por reconhecer sua inconstitucionalidade, por entender que a taxa judiciária, quando cobrada com base em alíquota invariável, deve, obrigatoriamente, ter uma limitação de valor, "sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real de atuação do Estado [...]".[66] Oportuno observar, também, que a Corte deixou assentado que não poderia estabelecer o limite não fixado pela lei, mas apenas afastar a sua aplicação por inconstitucional.

Sob a Constituição de 1988, é recorrente na doutrina a referência ao caso julgado na ADI-MC 855/93, em que se combatia a Lei n. 10.248/93, do Estado do Paraná, que visando a proteção dos direitos dos consumidores de GLP, determinava a pesagem dos botijões vendidos, e dos recolhidos quando da substituição, e o ressarcimento dos consumidores quando verificado peso a menor do que o indicado no botijão vendido ou sobra no botijão retornado. O Tribunal, em um juízo preambular, deferiu a medida cautelar suspendendo a execução da lei, deixando consignado, a partir das informações técnicas prestadas pelo INMETRO, que [tais esclarecimentos]:

> [...] servem , de um lado – como proficientemente explorado na petição – não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar – ao menos, provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor [...][67]

64 - Extraído do voto do Relator, disponível em www.stf.jus.br.
65 - Idem.
66 - Idem.
67 - Idem.

Nesse caso, convém observar que, não obstante tenha havido indevida menção à **proporcionalidade** e **razoabilidade** como sinônimos, houve ao menos uma referência, ainda que tímida, às questões da **necessidade** ("onerosidade") e da **adequação** ("duvidosos efeitos úteis") da medida restritiva examinada.[68]

Mais recentemente, um caso que tem despertado polêmica nos meios judiciários diz respeito à edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante n. 8, que regula a utilização de algemas, nos termos seguintes:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Dentre os precedentes que deram azo à súmula transcrita, a análise do HC 91.952[69], julgado em 07/08/2008, permite verificar que, embora sem que tenha havido menção expressa por parte da Corte, as diversas manifestações dos ministros demonstram que a conclusão do julgamento pautou-se, essencialmente, no princípio da **proporcionalidade**, com incursões nos aspectos da **adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade em sentido estrito**, no caso concreto. Observo que, não obstante aqui não se tratasse de verificar a inconstitucionalidade de norma legal, mas de um caso concreto, onde o réu foi mantido algemado na sessão do júri, pensamos que o exemplo é apropriado para o fim de demonstrar a cada vez mais crescente utilização do princípio da **proporcionalidade** pelo Supremo Tribunal Federal, quer no controle concentrado da constitucionalidade quanto no difuso.

Por fim, não poderíamos deixar de referir ao recentíssimo caso julgado no RE 511.961, de 17/06/2009, em que o Supremo Tribunal Federal afastou a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista, contida no Decreto-lei n. 972/69. Estavam em jogo, no caso, a liberdade de conformação do legislador, para regular o exercício de qualquer profissão, assegurada expressamente na Constituição Federal, mediante reserva legal qualificada, conforme estabelecido no art. 5º, inc. XIII, ao dispor que "é livre o exercício de **qualquer** trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**" (grifamos) em contraposição à liberdade de expressão e ao direito à informação, também garantidas

68 - Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 368.
69 - Disponível em www.stf.jus.br.

constitucionalmente, nos incisos IX e XIV, do mesmo artigo.[70] Não obstante ainda não estejam disponíveis os conteúdos dos votos expendidos, o exemplo é contundente para a constatação do alcance atual da ingerência do Poder Judiciário na atividade legislativa, uma vez que a decisão praticamente aniquila a prescrição constitucional contida no inc. XIII, do art. 5º, referido acima, na medida em que praticamente elimina a possibilidade do exercício do poder de regulamentação conferido pelo constituinte ao legislador infraconstitucional, no sentido de estabelecer as qualificações profissionais que entender pertinentes para o exercício de **qualquer** trabalho, ofício ou profissão, o que pressupõe que tal poder regulamentar possa ser exercido também em relação ao trabalho, ofício ou profissão de jornalista. Evidentemente, deverá a decisão revelar-se densamente fundamentada, uma vez que, no caso, é indubitável que o Tribunal substitui-se ao legislador ordinário, chegando mesmo a **modificar** a Constituição originária.

É, portanto, imprescindível que a decisão aponte, com extrema clareza, em que medida a exigência de graduação em nível universitário, para o exercício da profissão de jornalista, não é **adequada** ao fim que com ela se pretende alcançar, ou seja, que esta exigência não é **fomentadora** de uma melhor qualificação dos profissionais de jornalismo e, consequentemente, de uma melhor qualidade da informação oferecida à sociedade, ou, em outros termos, que esta medida em **nada** contribui para a melhoria da qualidade dos trabalhos jornalísticos. Se não for possível apontar a **inadequação** da medida restritiva, então é preciso que se demonstre tratar-se de limitação desnecessária, isto é, de limitação excessiva, porquanto existiria outra medida **que produziria os mesmos efeitos**, porém, com menor restrição aos direitos fundamentais que se têm por coactados (liberdade de expressão e direito à informação). Por fim, se não se puder demonstrar, consistentemente, a **inadequação** e a **desnecessidade** da medida legislativa, será preciso então apresentar sólidos fundamentos para explicar porque a medida afronta a **proporcionalidade em sentido estrito**, isto é, porque, no caso dos jornalistas, sequer o princípio da concordância prática pode ser observado, havendo, consequentemente, que se reduzir a nada a norma constitucional que autoriza o legislador a estabelecer exigências de qualificação profissional para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

70 - *In verbis*: "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;" e "XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

5. O DECISIONISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS E O (NOVO) PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI.

A evolução da jurisprudência, a partir da **Nova Hermenêutica**, assentada na normatividade dos princípios constitucionais, tanto nos países da *common law* quanto nos países de tradição jurídica romano-germânica e, em especial, no Brasil, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revela, também entre nós, a crescente influência normativa protagonizada pelo Poder Judiciário, quando do controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, trazendo como consequência uma velada desconstrução do ordenamento constitucional originariamente estabelecido e a reordenação dos valores socioculturais, que deixam então de ser regulados pela atividade legislativa e passam a ser determinados pelos juízes.

Este **ativismo judicial** está, em certa medida, encoberto sob o manto do princípio da **proporcionalidade**, embora na maior parte das vezes as decisões sequer façam referência expressa ao citado princípio, que, todavia, finda por revelar-se a partir da linha argumentativa desenvolvida.[71] A utilização deste postulado e o abandono dos princípios e métodos tradicionais de interpretação, por outro lado, são realizados sem a preocupação com o estabelecimento de um novo e consistente arcabouço metodológico, que necessariamente deveria acompanhar a mudança de paradigma interpretativo, especialmente diante da subjetividade que caracteriza, como vimos nos tópicos precedentes, a aplicação da **proporcionalidade**. A ausência de qualquer formalidade maior na utilização prática deste princípio de interpretação constitucional, enseja, obviamente, a discussão sobre o – **novo** – papel institucional do Poder Judiciário dentro das funcionalidades estatais constitucionalmente estruturadas e a **legitimidade** desta inovadora postura jurisdicional.

71 - Ao discorrer sobre a prática do STF na aplicação do princípio da proporcionalidade, Luís Virgílio Afonso da Silva deixa consignado que: "Vários são os julgados citados como exemplos de aplicação da regra da proporcionalidade entre nós, dos mais recentes até julgados do início da década de 50. Mesmo que não nos ocupemos com o fato de que, na maioria deles, a proporcionalidade **nem sequer é citada**, e concentremos somente naqueles em que, pelo menos nominalmente, faz-se referência a ela, como é o caso das duas decisões já citadas, salta aos olhos um problema de difícil solução: tanto Gilmar Ferreira Mendes como Suzana de Toledo Barros, quando expõem **teoricamente** a regra da proporcionalidade, referem, como não poderia deixar de ser, os exames da **adequação**, da **necessidade** e da **proporcionalidade em sentido estrito**. Contudo, quando da análise da suposta aplicação da proporcionalidade pelo STF, esses exames simplesmente desaparecem. Sempre citada é a decisão liminar do STF que declarou inconstitucional a exigência de pesagem de botijões de gás na presença dos consumidores, instituída, no Paraná, por lei estadual. Não há como não se perguntar se os dispositivos considerados inconstitucionais – não só nessa, mas em várias outras decisões em que se recorreu à regra da proporcionalidade – foram considerados **inadequados**, **desnecessários** ou **desproporcionais em sentido estrito**. Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, **não foi aplicada a regra da proporcionalidade**." (op. cit., p. 33-34)

A importância desse tema, ou seja, dos limites da aplicação do princípio da **proporcionalidade** no controle da constitucionalidade da lei – e mesmo de atos executivos –, tendo como contraponto o Estado **Democrático** de Direito, visto da ótica das diferentes funções atribuídas aos poderes constituídos, evidencia-se até mesmo da constatação de que esta questão fundamental não foi adequadamente resolvida sequer nos Estados Unidos, onde a ingerência da Suprema Corte nas políticas públicas, mediante o exame da **razoabilidade** – lá alicerçada no *substantive due process* – de medidas legislativas restritivas de direito, tem experimentado sucessivos influxos e refluxos, como esclarece o magistério da doutrina:[72]

> O reconhecimento dessa dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o **ativismo judicial** – isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas –, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo do devido processo legal, vive um momento de refluxo.

Os retrocessos verificados decorreram, essencialmente, da interferência protagonizada pelo Poder Executivo, que ao se ver contrariado nas políticas públicas que pretendia implantar e que tinham como pressuposto a restrição de direitos fundamentais, passou a **controlar** a Suprema Corte por meio da indicação de juízes alinhados com o governo, ou até mesmo pela incursão objetiva sobre a própria composição daquele Tribunal, de que é exemplo o conhecido *court-packing plan*, proposto por Franklin Roosevelt, com a intenção de obter a maioria do colegiado, e que não obstante rejeitado pelo Congresso, levou a Corte, ao final dos anos 30, a mudar de orientação, abandonando o exame do mérito das leis de cunho econômico. Apenas mais tarde, já nos anos 50, a Corte retomou a aplicação do **devido processo substantivo**, mas agora restrito aos direitos fundamentais ditos **não-econômicos**, isto é, aos chamados direitos fundamentais de primeira geração – liberdade de expressão, de religião, privacidade, etc –, que não trazem implicações ao orçamento público. Na atualidade, permanece írrito o esforço do Executivo – especialmente dos republicanos – no sentido de conduzir à Suprema Corte juízes contrários ao

72 - Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 221-222.

ativismo judicial.[73]

Na Alemanha, berço da **proporcionalidade**, a jurisprudência da Corte Constitucional também não está infensa à crítica da doutrina. Ingeborg Maus, em portentoso artigo, examina as manifestações daquele Tribunal buscando demonstrar que, encobertos pelo propósito de garantir liberdades públicas mediante a aplicação da hermenêutica fundada na normatividade dos princípios, podem ocultar-se "a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora".[74]

A citada autora explica que, na atualidade, o Poder Judiciário, personificado nos seus juízes, está reassumindo o papel paterno de dar forma ao **superego**[75] da sociedade, papel este que, a partir da década de 60, havia se transferido da figura do pai para o meio social, que passara, então, a determinar a conformação da consciência individual. Em outros termos, a perda da capacidade de crítica individual autônoma à normatividade social, leva a **sociedade órfã** a transferir, passivamente, tal controle normativo aos mecanismos funcionais do Estado. É por este caminho que a jurisdição constitucional vem assumindo, então, este papel crítico, e definindo os valores socioculturais que deverão prevalecer – em um fenômeno comumente referido como **judicialização da política** –, atribuição que deveria competir à própria sociedade, por meio do exercício da soberania popular, que nos sistemas de democracia representativa é conferida à esfera do legislador. Enfim, a sociedade transfere à **pessoa do juiz** a imagem paterna, passando a enaltecer, de modo submisso, a figura do magistrado, cujos predicados pessoais passam a servir de **justificativa** para as suas decisões, conforme refere a doutrina:[76]

> Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.
> [...]
> O retorno mais marcante da imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Nesse país, que já

73 - Idem, p. 220-223.
74 - **O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**, p. 183.
75 - Segundo o Dicionário Houaiss: "de acordo com a segunda teoria freudiana do aparelho psíquico, conjunto das forças morais inibidoras que se desenvolvem sob a influência da educação durante o processo de socialização;" (disponível em www.uol.com.br)
76 - Ingeborg Maus, op. cit., p. 185.

> desenvolvera um modo original de controle da constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografias de juízes. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juízes que fizeram a sua história constitucional, os quais aparecem como "profetas" ou "deuses do Olimpo do direito".

Este comportamento alienado da sociedade conduz, por sua vez, à eliminação do debate público em torno das questões de interesse comum ao corpo social, que assim se afasta da construção política de entendimentos consensuais para, reconhecendo na magistratura uma espécie de reserva moral da sociedade, atribuir-lhe papel que não lhe compete e que pode traduzir-se em perigosa fórmula de tolerância para com a arbitrariedade judicial. Nesse sentido, precisas as seguintes observações:

> Que a jurisprudência e a administração da moral se aproximem, segundo as modernas teorias de decisão judicial, isto se deixa confirmar também em ambiciosas contrações teóricas da atualidade. Ronald Dworkin é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. Segundo ele, as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial. A razão pela qual tal teoria – a despeito de suas melhores intenções – é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social ("*community morality*") o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda a instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça

> que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, aos simples direitos dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

É pertinente afirmar, portanto, que a incursão da jurisdição constitucional sobre a esfera de conformação do legislador, por intermédio de postulados como o do princípio da proporcionalidade, utilizados de forma retórica e sem maior preocupação metodológica, perante uma sociedade acrítica e passiva, que cada vez mais vê nos juízes a figura paterna, transferindo para o Judiciário a solução de questões puramente políticas, é a porta aberta ao **decisionismo** [no caso, judicial], teoria tão bem elaborada por Carl Schimitt – conhecido como "jurista de ouro"[77] do nazismo. Suas ideias foram desenvolvidas sob o pálio da Constituição de *Weimar*, Carta Política tida como referência na constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda geração, o que demonstra como podem ser cometidas inomináveis atrocidades mesmo em um regime formalmente constitucional.

O **decisionismo** de Carl Schimitt veio à lume em contraposição ao normativismo de Krabbe e Kelsen, afirmando aquele pensador alemão que a concepção do direito não poderia estar apenas correlacionada com a norma abstratamente concebida pelo legislador, mas que o direito deve estar sempre associado à sua **efetivação**, o que remete, necessariamente, à conclusão de que a **decisão** que aplica a norma no caso concreto é elemento intrínseco ao direito. Nessa medida, decorre, obrigatoriamente, que o **poder** que decide sobre a aplicação da norma é, igualmente, elemento correlacionado à própria concepção do direito, conforme esclarece Alexandre Franco de Sá:[78]

> Para Schmitt, ao invés do que Krabbe ou Kelsen propunham, a norma constitutiva do direito não pode ser pensada senão a partir da sua efectivação, isto é, a partir da sua aplicação a uma situação existente e, consequentemente, a partir da sua articulação com o poder capaz de decidir esta mesma aplicação. E se, sem a decisão que a efectiva, a norma nada é, se a norma, despojada do elemento decisório, é uma pura e simples abstracção, tal quer dizer que esta mesma norma remete sempre para a decisão de uma autoridade que, nessa medida, não pode ser deslocada para fora do âmbito jurídico. É esta inevitável remissão da norma ao poder, à autoridade que decide a sua aplicação, que Schmitt procura expressar através do seu **decisionismo**.

77 - Ingeborg Maus, op. cit., p. 183.
78 - **Do decisionismo à teologia política: Carl Schmitt e o conceito de soberania**, p. 10-11.

Nesse contexto, o **decisionismo** coloca a **soberania** não mais na norma (na lei), mas no poder que aplica a norma e que, por ser poder soberano, é ilimitado, de modo que além de aplicá-la, pode excepcioná-la, ou seja, suspender a sua aplicação. Esta concepção do direito, como se vê, transcende a própria noção de que a Constituição é constitutiva do Estado, para compreender o Estado como um poder anterior à própria Lei Fundamental, e por isso, aquele que detém tal autoridade de **decidir** pode, dentro da racionalidade deste sistema, atuar ilimitadamente.[79]

Tal concepção do direito, vinculado a um poder ilimitado, que decide sobre a aplicação ou suspensão da norma legal, transposta para a hipótese que ora examinamos, qual seja, o **decisionismo** no âmbito do Judiciário, estabelece um verdadeiro paradoxo. Ora, se o Estado Democrático de Direito pressupõe a **supremacia da Constituição**, isto é, que o Estado deve submeter-se aos limites delineados na Carta Política, o Judiciário, enquanto poder do Estado deve, tanto quanto os demais poderes, atuar conforme a Lei Fundamental, isto é, o poder de decidir dos juízes é, precisamente, o poder de decidir que lhes foi conferido pela Constituição, nem mais, nem menos. Ocorre que, embora o Judiciário atue como poder moderador, controlando os demais poderes, a fim de que atuem nos limites traçados pela Constituição, sobre as decisões jurisdicionais dos tribunais constitucionais não há qualquer espécie

79 - Para uma melhor compreensão da teoria do **decisionismo**, engendrada por Carl Schimitt, apontando como elemento central da concepção do direito, além da norma, a **decisão** que a aplica ao caso concreto, por intermédio de um poder ilimitado, em contraposição ao normativismo de Krabbe e Kelsen, vejam-se as seguintes considerações: "A confrontação schmittiana quer com o normativismo, na sua exclusão da decisão como elemento jurídico, quer com o catolicismo, na sua proposta de uma *potestas indirecta* capaz de limitar o poder do Estado, culmina então na defesa da existência de um poder que represente a lei, de um poder que seja a própria lei na sua visibilidade, isto é, na defesa de um poder soberano essencialmente ilimitado. E a definição da soberania como a possibilidade de abertura de um estado de excepção corresponde, em rigor, a esta defesa: se um poder limitado não poderia deixar de ser um poder que encontrava na lei soberana o fundamento dos seus limites, a determinação da soberania como a possibilidade de decidir um estado de excepção corresponde inevitavelmente à defesa de que o poder soberano deve ser essencialmente destituído de quaisquer limites. No entanto, tendo em conta que Schmitt partilha claramente com o normativismo a necessidade de distinguir o direito da pura e simples afirmação de uma vontade arbitrária, desvinculada e tirânica, torna-se manifesto que a defesa schmittiana da ilimitação do poder político não pode ser considerada como a defesa de um poder caracterizado pela sua mera arbitrariedade. É certo que Schmitt defende abertamente, em contraposição ao normativismo, que o poder do Estado não deve encontrar diante de si qualquer poder que o possa limitar. Mas é também certo que uma tal defesa não surge, no pensamento schmittiano, como a defesa de um poder arbitrário, absolutamente desvinculado e, nessa medida, irracional, mas como a defesa de um poder ligado a uma ordem e a uma razão, de um poder cuja existência se manifesta como imprescindível e, consequentemente, como racionalmente justificável. Noutros termos, se Schmitt defende, já desde 1914, que o direito não deriva da pura afirmação de um poder, e que ele é, nessa medida, essencialmente racional, ou seja, se é em nome da racionalidade deste direito que Schmitt recusa a limitação do poder do Estado, isso quer dizer que esta recusa surge em Schmitt como uma conclusão retirada a partir de uma ordem de razões, como uma conclusão que obedece a uma razão de ser e que é, portanto, passível de uma justificação argumentativa e racional. O decisionismo schmittiano, a tese de que a soberania reside não na lei, mas na decisão que efectiva essa mesma lei, ou seja, no sujeito cujo poder tanto decide a lei, como pode decidir um estado de excepção que suspenda a sua aplicação, encontra assim o seu fundamento não num irracionalismo, mas naquilo a que se poderia chamar uma racionalidade alternativa à racionalidade normativista." (idem, p. 20-21)

de controle institucional. E não há tal controle justamente porque a sociedade (acrítica) supõe que o Judiciário, enquanto reserva moral social, impor-se-á uma autolimitação, mediante a rígida observância da ordem constitucional posta. É por isso que, quando um tribunal passa a estabelecer, ele mesmo, critérios subjetivos para o julgamento dos atos legislativos e executivos discricionários, atuando como um poder ilimitado, para além do que autoriza a própria Constituição, ultrapassando a fronteira da hermenêutica dos princípios para dar azo ao decisionismo, vê-se abalada a democracia.

Neste contexto, sobressai a importância do aprofundamento do debate acadêmico sobre a problemática do **decisionismo judicial,** cujas consequências são imprevisíveis para o regime democrático. Assim, descortina-se, para a sociedade do século XXI, inevitavelmente, a perspectiva de rediscutir, conscientemente, o papel do Poder Judiciário, e, em particular, no Brasil, o papel do Supremo Tribunal Federal, tema que, a nosso ver, passa, inexoravelmente, pela clara redefinição das atribuições e da forma de composição daquela Corte.

CONCLUSÕES

No âmbito restrito do que aqui foi tratado, podemos apresentar as seguintes conclusões:

(1) Na perspectiva da chamada **Nova Hermenêutica**, fundada na supremacia da Constituição e na normatividade dos princípios, a **proporcionalidade** tem sido utilizada pelos tribunais como argumento retórico para o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, com incursões do Judiciário sobre a esfera de conformação do legislador, sem a preocupação com o desenvolvimento sistemático de uma metodologia de aplicação do mencionado postulado.

(2) Para a adequada utilização deste princípio de interpretação, primeiramente, é necessário distinguir entre **proporcionalidade** e **razoabilidade**, postulados que não podem ser utilizados indistintamente como se sinônimos fossem, tendo em vista que se diferenciam não só pela origem, mas também pela estrutura teórica e pela metodologia de aplicação ao caso concreto.

(3) A **razoabilidade**, derivada do *substantive due process* norte-americano, ante o alto grau de subjetividade que lhe é inerente, apresenta-se com alcance mais limitado no controle de constitucionalidade das leis, pois somente aplica-se aos casos onde a invalidade da norma seja evidente, enquanto a **proporcionalidade**, concebida pelo Tribunal Constitucional alemão, como decorrência do Estado Democrático de Direito, aplicada

a partir dos testes de **adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade em sentido estrito**, que devem ser verificados nesta ordem e subsidiariamente, oferece uma fórmula de interpretação que permite adentrar, racionalmente, em maior profundidade na análise da compatibilidade da norma restritiva com o ordenamento constitucional.

(4) Na análise dos elementos ou subprincípios componentes da **proporcionalidade**, deve-se observar, quanto à **adequação,** que a medida restritiva de direito fundamental não poderá ser rejeitada se mostrar-se **fomentadora** do resultado que se pretende com ela obter, isto é, ela será incompatível com o ordenamento constitucional apenas se em **nada** colaborar para a obtenção do fim almejado, sendo irrelevante para o exame da constitucionalidade a avaliação, *a posteriori*, do resultado prático efetivamente obtido com a sua implementação.

(5) O subprincípio da **necessidade** presta-se à averiguação do **excesso** da medida restritiva, visando assegurar a menor intervenção possível sobre o direito a ser limitado, ou seja, destina-se a verificar, comparativamente, se não há outra medida adequada que interfira em menor grau sobre o direito coatado, cumprindo, para este efeito, observar que somente podem ser comparadas medidas que proporcionem ao Estado alcançar o resultado pretendido com a mesma **eficácia**, bem como que para o reconhecimento da desnecessidade da medida restritiva não é preciso que ela atinja o núcleo essencial do direito fundamental constrangido.

(6) A verificação da **proporcionalidade em sentido estrito** é o último teste a ser realizado e o que apresenta o maior grau de subjetividade, pois visa a **ponderação** dos **valores** em jogo, a fim de se estabelecer, dentre os direitos fundamentais em conflito, qual deverá prevalecer. Para isso, deve-se, primeiramente, aplicar o princípio da **concordância prática** – que busca conciliar o quanto possível os direitos em colisão –, para somente se isso não for possível, realizar então o sopesamento dos valores constitucionais em jogo, apenas substituindo a opção do legislador, **excepcionalmente**, mediante fundamentação com densidade suficiente a abordar exaustivamente todos os aspectos envolvidos na questão discutida.

(7) Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca do controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos, colhem-se precedentes acerca da aplicação da **proporcionalidade** ou da **razoabilidade** – por vezes tratados como se fossem sinônimos – desde a década de 50, sendo visível a evolução do pensamento da Corte que, se ao início restringia a incidência destes princípios de interpretação a casos excepcionais, na atualidade, os vem aplicando em sensível número de casos, todavia, sem uma maior preocupação metodológica, o que pode conduzir a decisões com elevado grau

de subjetividade.

(8) A crescente utilização da **proporcionalidade** ou da **razoabilidade** como vetores de interpretação, despidos de uma metodologia sistematizada, mas apenas como argumentos retóricos, proporciona a intervenção irracional sobre a esfera de conformação do legislador, abrindo as portas ao **decisionismo** judicial, pelo qual o Judiciário assume uma figura paternal, delimitadora e definidora dos valores da sociedade, que se incompatibiliza com o Estado Democrático de Direito e traz à lume a premente necessidade da redefinição, por esta mesma sociedade, do papel do Poder Judiciário no século XXI.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Controle judicial dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos Lebrap**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÁ**,** Alexandre Franco de. **Do decisionismo à teologia política: Carl Schmitt e o conceito de soberania**. Covilhã: Lusofia:Press, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **RT**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NA ALEMANHA E O SEU CARÁTER SOCIAL[1]

Above-ground rights in Germany and its social character

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Pós-doutorado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha) e no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor universitário.

RESUMO: O artigo aborda os aspectos mais relevantes do direito de superfície na Alemanha, dando enfoque à sua função social. Inicia as investigações com um breve estudo histórico, no qual são destacadas as particularidades do seu desenvolvimento. Realiza um exame da matéria na Alemanha, com destaque para alguns pontos como: natureza jurídica, utilidade prática, áreas de utilização, caráter social, constituição, transferência e extinção desse direito. Por fim, o trabalho questiona a não utilização do instituto no Brasil, o que pode ser repensado se considerarmos o exemplo alemão, em especial no que toca ao seu possível aspecto social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de superfície. Direitos reais. Direito alemão. Função social.

ABSTRACT: The article discusses the most important aspects of the above-ground rights in Germany by focusing its social function. It initiates the investigations with a brief historical study, in which are highlighted the peculiarities of its development. The work conducts an examination of the

1 - O presente trabalho foi elaborado durante pesquisa de pós-doutorado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* e revisado pelos Drs. Jan Peter Schmidt e Anton Geier.

matter in Germany, highlighting some points such as: legal nature, practical use, areas of use, social character, establishment, transfer and extinction of that right. Finally, the work questions the non-use of the institute in Brazil, which can be rethought if we consider the German example, especially with regard to its possible social aspect.

***KEYWORDS**:* Above-ground rights. Real rights. German law. Social function.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva apresentar breves considerações sobre o direito de superfície na Alemanha, examinando seus aspectos mais relevantes. Não se trata, obviamente, de uma análise exaustiva ou minuciosa do tema, o que é feito pela doutrina alemã em trabalhos que consomem, muitas vezes, mais de quinhentas páginas. De qualquer forma, nosso estudo dará ao leitor uma visão geral desse instituto, permitindo, também, sua comparação com a legislação brasileira.

A proposta decorre da curiosidade de se saber como o direito de superfície é regulado e utilizado em um ordenamento jurídico que já o conhece há muito tempo. Tal curiosidade se deve ao fato de que, em nosso país, dada a sua recente reintrodução na legislação civil, a utilidade prática do instituto ainda não se revelou.

A falta de relevância prática pode decorrer de diversos fatores, como o seu desconhecimento pela população, a ausência de tradição na sua utilização, ou mesmo por desconfiança, pelo fato de criar um direito real sobre um terreno alheio, que, certamente, dá muitas garantias ao superficiário.

Diferentemente do Brasil, na Alemanha, como veremos, a superfície não é um instituto sem utilização, existindo um número considerável de imóveis construídos sobre terrenos de terceiros. Além disso, é de se notar que ela foi um instrumento fundamental para a organização de espaços urbanos, para a reconstrução do país após as duas grandes guerras, bem como para o cumprimento da função social da propriedade.

Desse modo, acreditamos que algumas considerações a respeito do direito de superfície na Alemanha podem permitir reflexões acerca do papel desse instituto não somente no âmbito jurídico brasileiro, mas, também, no que toca à sua possível utilização socioeconômica.

2. HISTÓRICO

2.1.Das origens romanas ao final do século XIX

O direito de superfície, presente no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 1.369 a 1.377) e no ordenamento jurídico de muitos países ocidentais, não é nenhuma novidade. Suas origens remontam ao Direito Romano, que previa o instituto da *superfícies*.

A *superfícies,* originalmente, não era um direito real, mas, sim, uma espécie de contrato de locação por longo prazo, que tinha como partes Roma e um particular (*perpetuarius*), objetivando a regulação das relações decorrentes de construções que esse particular havia erigido em solo público (*superficiariae aedes*), o que incluía o pagamento de uma contraprestação, chamada de *solarium*. Para imóveis rurais, também havia um instituto correspondente, denominado *ager vectigalis*[2].

Entretanto, com o passar do tempo, o instituto, concebido, inicialmente, como um contrato integrante dos direitos obrigacionais (pessoais), passou a receber, por obra pretoriana, proteção dos interditos, tornando-se, paulatinamente, um direito real.

Na Idade Média, a superfície, apesar de conhecida, não foi muito utilizada, dando espaço ao desenvolvimento de outros institutos muito próximos, como é o caso da chamada "städtische Bauleihe" (ou *Bodenleihe*)[3]. Tal instituto jurídico foi bastante importante para o desenvolvimento de muitas cidades alemãs, possibilitando a concessão de um direito real sobre um terreno, uma espécie de propriedade útil (*dominium utile*) sobre a construção nele realizada, surgindo, como contrapartida, o pagamento de uma prestação, normalmente anual. Esse direito era transmissível por herança, mas não podia ser alienado[4].

A despeito da semelhança com a superfície, assevera-se que a *Bauleihe* surgiu pelo fato de que as casas na Alemanha eram consideradas como propriedade distinta do solo, como bens móveis. E isso se explica porque, na maioria das vezes, eram construídas em madeira e tinham poucas fundações, o que permitia que fossem desmontadas e construídas em outros lugares. Por consequência, dada a facilidade de retirada da casa, o instituto da superfície perdia a razão de existir[5].

2 - BALLIF, Alban. *Le droit de superfície. Eléments réels, obligations* propter rem *et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004, p. 1.
3 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.
4 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 13.
5 - BALLIF, Alban. *Le droit de superfície*, p. 2.

Mais tarde, com o processo de recepção do direito romano na Alemanha (*Rezeption des römischen Rechts*), o princípio da acessão, que tinha se perdido, passou a ser aplicado a tudo aquilo que se ligava ao solo de maneira durável (*superficies solo cedit*), particularmente às plantações, e não somente às construções[6].

Em função da mudança, foi incorporada a *superfícies* romana ao direito vigente, mas houve uma parcial mistura do instituto romano com a "*städische Bauleihe*" [7]. Assim, a partir da fusão entre o instituto romano e o germânico, surgiram direitos (híbridos) que receberam várias denominações, como *Superfiziarrecht*, *Platzrecht*, *Baurecht* ou *Kellerrecht*[8]-[9].

Com a Revolução Francesa, as raízes romanas da propriedade foram recobradas, passando-se a uma concepção individualista. Em virtude dessa concepção, o direito de superfície foi visto como um corpo estranho e colocado em segundo plano, uma vez que as ideias revolucionárias não se adaptavam a qualquer instituto que remetesse ao período medieval: ao direito feudal e seus privilégios. A dogmática da época era contra institutos jurídicos que desmembrassem o direito de propriedade[10], como era feito na Idade Média, o que levou à utilização bastante reduzida da superfície no século XIX[11]-[12].

2.2. Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície

A despeito da orientação francesa pregando sua abolição, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em vigor desde 1.1.1900, não chegou a excluir a superfície de suas disposições. Entretanto, a matéria foi tida, pela codifição, como sem importância, sobretudo como um corpo estranho no âmbito da propriedade, tendo sido regulamentada de forma incompleta nos §§ 1012 a 1017 do BGB[13].

6 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

7 - DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

8 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

9 - Vale notar que, no âmbito dos países de língua alemã, o instituto da superfície não tem denominação uniforme, diferentemente do que ocorre nos países de língua neolatina. Na Áustria, por exemplo, o instituto é denominado *Baurecht* (IRO, Gert. *Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Wien: Springer, 2000, v. IV, p. 173).

10 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

11 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

12 - O mesmo não ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, onde houve a expansão de instituto com raízes semelhantes, a chamada "*building lease*" (OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505).

13 - OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505.

Contudo, após a entrada em vigor do BGB, houve, no início do século XX, um grande aumento da população, o que conduziu, consequentemente, a uma elevação na demanda por moradias e a uma valorização do preço dos imóveis. Em função dessas mudanças socioeconômicas, viu-se a necessidade da utilização do instituto da superfície (*Erbbaurecht*), que, na prática, não vinha encontrando uso para o combate à especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir uma propriedade[14].

Assim sendo, como a regulamentação pelo BGB era insuficiente, praticamente não permitindo o uso do instituto, a única solução encontrada para resolver o problema foi a elaboração de uma nova legislação para cuidar de toda a matéria atinente ao direito de superfície. Com isso, os §§ 1012 a 1017 do BGB foram substituídos pela Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht* - ErbbauVO), que entrou em vigor em 22.1.1919 e regulou a matéria de forma detalhada[15].

De qualquer forma, conforme o § 38 da referida legislação, os §§ 1012 a 1017 do BGB continuaram em vigor, particularmente no que toca às superfícies constituídas até a entrada em vigor da ErbbauVO. Posteriormente, com uma Lei de 23.11.2007, houve a alteração da denominação da ErbbauVO, que passou a ser chamada de Lei do Direito de Superfície (*Erbbaurechtsgesetz* – ErbbauRG). Contudo, a alteração promovida foi apenas no nome do instituto, não sendo realizada nenhuma reforma no conteúdo propriamente dito da legislação[16].

3. CARÁTER SOCIAL

O direito de superfície foi estabelecido na Alemanha com a finalidade de promover a construção de moradias, particularmente para as classes sociais menos favorecidas, e também como instrumento de combate à especulação imobiliária[17].

Nessa linha, o direito de superfície tem considerável importância social, uma vez que permite a construção de casas para moradia, sem que haja necessidade de dispêndio de dinheiro para a aquisição do terreno. Assim, a pessoa pode deixar de empregar o capital na aquisição do terreno e, em contrapartida, simplesmente pagar uma espécie de remuneração (*Erbbauzins*) correspondente apenas ao valor da utilização do terreno[18]. Logicamente,

14 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.
15 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.
16 - BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.
17 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.
18 - BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

referida remuneração também não pode ter caráter especulativo, devendo estar ao alcance daqueles que pretendem construir seu imóvel.

Com isso, há uma redução no custo total que seria empregado na aquisição de uma casa, visto que aquele que pretende realizar a construção não precisará se privar de suas economias com a compra do terreno, necessitando de se preocupar apenas com a construção de sua moradia[19]. E, mesmo no que toca à construção, é interessante observar que, na Alemanha, como regra, é possível a obtenção de financiamento com taxas de juros bem reduzidas, muito diferentes das cobradas no Brasil.

Vale ainda notar que a propriedade da edificação não está ligada, pelo menos do ponto de vista jurídico, à propriedade do terreno. Assim sendo, tanto o proprietário do terreno onerado como o superficiário participam da valorização imobiliária proporcionada pela construção[20].

Ademais, em razão de eventual contratação por um prazo bastante amplo, o superficiário chega mesmo a ter a impressão de que é o proprietário não somente da edificação, mas também do terreno, já que, muitas vezes, o acordo pode vigorar por duas ou três gerações[21].

Na hipótese, outrossim, de concessão estatal do direito de superfície, com o decurso do prazo da contratação é possível que o terreno venha a ter outra finalidade pública, isto é, a construção que lá ficou pode ser, posteriormente, utilizada pelo ente estatal, por exemplo, para ser sede de um órgão público. Ainda, a superfície pode ser renovada em condições favoráveis, sem ser considerada a sua valorização.

Por outro lado, é de se notar que, na Alemanha, os governos locais também passam por dificuldades orçamentárias, de modo que não é tarefa fácil a aquisição de grandes áreas, relativamente caras, para o posterior estabelecimento do direito de superfície em favor daqueles que estão incluídos na política habitacional. Isso sem falar na necessidade do estabelecimento de remuneração razoável pelo direito de superfície[22].

Por conseguinte, ainda que existam dificuldades, não se pode deixar de apontar a importância da superfície na facilitação do acesso à moradia, bem como na organização da política urbana, em função do loteamento de imóveis para tal finalidade. Desse modo, a concessão do direito de superfície continua, na atualidade, tendo significação social na Alemanha, havendo, nesse sentido, especial atenção dos governos locais e das instituições religiosas[23].

19 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379..
20 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.
21 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.
22 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.
23 - DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

4. OUTRAS ÁREAS DE UTILIZAÇÃO

Como foi visto, após a entrada em vigor da Ordenança sobre o Direito de Superfície (ErbbauVO), iniciou-se a concessão desse direito, principalmente por parte dos entes estatais e de instituições religiosas, que, em razão de considerações de ordem social, procuraram auxiliar famílias carentes a ter um imóvel para moradia[24].

Vale notar, entretanto, que o instituto não ficou limitado à construção de moradias, sendo possível sua instituição para construção de áreas, por exemplo, para prática de esportes, com fins comerciais ou industriais, bem como para instituições científicas ou de ensino[25].

Aliás, nos casos em que normalmente o Poder Público brasileiro realiza uma contratação por um longo prazo, cedendo um terreno em comodato para determinada instituição, na Alemanha temos, na mesma situação, a utilização do direito de superfície, que dá maior proteção para aquele que irá realizar a construção no terreno, isto é, há maiores garantias por se tratar de um direito real e não meramente obrigacional[26].

Ademais, a superfície também é utilizada por particulares que querem aproveitar economicamente seus terrenos, permitindo, assim, a realização de construções para fins não somente residenciais, mas, também, comerciais ou industriais[27], como é o caso da utilização de um terreno para construção de usinas de energia eólica ou para a edificação de um centro de compras.

Destarte, a superfície pode ser utilizada não somente para construção de moradias, mas para todo tipo de edificação a ser realizada em terreno alheio, tendo relevância tanto pelo seu aspecto social como econômico.

5. SIGNIFICAÇÃO PRÁTICA

O direito de superfície é um instituto que encontra reflexo no tráfego jurídico alemão. Em um primeiro momento, houve o aumento de sua utilização no início do século XX, em função da demanda por moradias. Posteriormente, houve forte expansão da sua utilização no período que se seguiu ao término na Segunda Guerra Mundial, em virtude dos trabalhos de reconstrução do país[28].

24 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.
25 - BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 383.
26 - Nesse ponto, podemos citar, por exemplo, o caso do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, que recebeu o direito de superfície sobre um terreno da municipalidade de Hamburgo para a edificação de sua sede.
27 - BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 387.
28 - OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

De fato, conforme dados oficiais relativos a pesquisas realizadas nos registros imobiliários dos estados da Baviera e de Hessen, em 1970, existiam 39.278 direitos de superfície na Baviera, enquanto que Hessen contava com 19.556. As pesquisas ainda apontaram que, nos livros de registro de imóveis, o volume do direito de superfície correspondia a 1,7% das propriedades na Baviera e a 1,41% em Hessen. Ademais, em outra pesquisa, realizada em bancos hipotecários (*Hypothekenbanken*), foi verificado que 3% do total dos empréstimos foram realizados para fins de superfície[29].

A importância do instituto fica, outrossim, ainda mais evidente quando nos deparamos com um estudo da "*Initiative Erbbaurecht*", de 2008, o qual apontou que cerca de 5% das áreas de moradia na Alemanha foram constituídas com a existência do direito de superfície. E a expansão tem contado, mais recentemente, com áreas cada vez maiores e com a concessão não apenas pela Igreja, por entes estatais ou ligados ao Estado, mas também por proprietários particulares[30].

Por conseguinte, o direito de superfície na Alemanha não é um instituto sem utilidade, meramente previsto no BGB e na legislação. Trata-se de instituto que realmente tem aproveitamento prático.

6. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do direito de superfície no Direito alemão apresenta discussão doutrinária. Em realidade, o debate decorre da própria forma de estruturação desse direito, que difere da existente no Código Civil brasileiro, em que, até pela localização da matéria, está claro se tratar de um direito real sobre coisa alheia.

Deve-se observar, inicialmente, que, conforme o disposto no § 12 da ErbbauRG, não vigora, em face do direito de superfície, o princípio de que toda edificação que se liga ao solo passa a ser componente integrante do imóvel (*superfícies solo cedit*) e, por conseguinte, propriedade de seu titular.

Nesse contexto, segundo parte da doutrina, como a legislação alemã considera que o superficiário se torna proprietário da edificação, a superfície não consistiria em um desdobramento da propriedade e nem em um regime de copropriedade.

Desse modo, asseveram os estudiosos que a superfície concede a possibilidade de alguém ser proprietário de um edifício, sem ser, ao mesmo tempo, proprietário do imóvel onde foi erigida a construção, de maneira

29 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 18.
30 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 19.

que não somente no aspecto econômico, mas, também, no âmbito jurídico o proprietário do imóvel e o proprietário da construção estão separados, são titulares de direitos não idênticos[31].

Assim, conforme tal linha de raciocínio, a superfície pode ser tratada como um direito de propriedade, de forma que pode ser transferida, onerada e registrada em livro próprio no registro de imóveis, denominado *Erbbaugrundbuch* (§ 14 ErbbauRG)[32].

Aliás, como se concede não somente a propriedade sobre a construção, mas, também, um direito real à utilização de um terreno pertencente a outra pessoa, não estaríamos, conforme entendimento de parte da doutrina, diante de um direito real limitado. Tratar-se-ia, então, de um direito *sui generis*, situado entre as servidões pessoais e a propriedade fundiária.

Por outro lado, há estudiosos que afirmam ser um direito real sobre um terreno alheio, que, com determinadas exceções, é tratado como o direito de propriedade, sobretudo pelo fato de poder ser onerado[33]. Argumentam que a concepção da superfície como um direito real sobre coisa alheia deflui do texto legal, o qual menciona que: "um terreno pode ser onerado do modo..." (§ 1 ErbbauRG). Ora, tal expressão seria a mesma utilizada nos direitos reais limitados, ou seja, nos §§ 1018, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191 do BGB, o que levaria à conclusão de se tratar de um direito real limitado[34].

De qualquer modo, não obstante a existência dos mencionados entendimentos, não há dúvida de que, do ponto de vista do proprietário do terreno, o direito de superfície é um direito real limitado, que onera sua propriedade. Ademais, é certo que tal direito real limitado é tratado de forma assemelhada a uma propriedade imobiliária[35]. Por isso, a maioria da doutrina considera que esse direito tem dupla natureza jurídica (*Doppelnatur*).

7. CONCEITO

O direito de superfície é um direito real de utilização e edificação em um terreno alheio[36]. A concessão desse direito é, do ponto de vista jurídico, uma forma de onerar a propriedade de um terreno com um direito real limitado[37].

31 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.
32 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.
33 - STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.
34 - OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 23.
35 - BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 385.
36 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3.
37 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

Conforme a definição extraída do § 1 da ErbbauRG[38], o direito de superfície é um direito concedido a uma pessoa, alienável e transmissível por sucessão[39], que grava um terreno, permitindo a realização de construções sobre a sua superfície e no seu subsolo. Possibilita, assim, a edificação em um terreno de propriedade de outra pessoa, bem como sua utilização por determinado prazo[40].

Destarte, trata-se de um direito que, salvo exceções previstas pelo § 11, está submetido às disposições concernentes aos imóveis. Assemelha-se, ainda, à propriedade pelo fato de possuir registro próprio no registro imobiliário, bem como por poder ser cedida e gravada independentemente da propriedade do terreno.

8. DEFINIÇÃO DE CONSTRUÇÃO E DE EDIFÍCIO

A legislação faz uso dos conceitos de construção (*Bauwerk*) e edifício (*Gebäude*), no entanto, não apresenta uma definição legal. Com isso, esses preceitos necessitaram ser extraídos da linguagem geral e dos usos do tráfego jurídico[41].

No que toca à expressão construção (*Bauwerk*), podemos encontrar várias definições na doutrina, mas ainda é usual a utilização da concepção apresentada pelo antigo Tribunal do Império (*Reichsgericht*), que a considerava como a coisa imóvel (ligada ao solo) e produzida com a utilização de trabalho e materiais estranhos ao solo. Tal concepção é ainda hoje adotada pela doutrina majoritária[42].

O conceito de edifício (*Gebäude*) dado pelo *Bundesgerichtshof* - BGH[43], por seu turno, considera se tratar de uma construção delimitada espacialmente e protegida contra a influência exterior, cuja entrada de pessoas demanda

38 - Como já foi mencionado, a matéria não encontra atualmente regulação no BGB, mas eventuais superfícies constituídas até 22 de janeiro de 1919 continuam sendo tratadas apenas pelos §§ 1012 a 1017 do BGB. Também vale notar que a ErbbauVO recebeu importante complementação pela Lei de alteração do direito das coisas, de 21.9.1994 (SachenRÄndG). Ademais, pelo art. 25 da Lei de 23.11.2007 houve a alteração do nome da legislação, que passou a ser *Erbbaurechtsgesetz* (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 372).

39 - O nome do instituto no idioma alemão decorre justamente do fato de se tratar de uma construção (ou edificação) transmissível por herança, daí a expressão *Erbbaurecht*, que seria, em uma tradução literal para o português, um direito de construção herdável (RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3).

40 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

41 - DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398.

42 - Transcrevemos a definição no original: "*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*" (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

43 - O BGH é um tribunal alemão que corresponderia, no Brasil, ao STJ.

autorização[44].

Por conseguinte, no âmbito do direito de superfície estão incluídas todas as espécies de edificação, localizadas na superfície ou no subsolo (*auf oder unter der Oberfläche*)[45]. Como exemplos, extraídos da prática, podemos citar: moradias, garagens subterrâneas, instalações portuárias e ferroviárias, prédios, postos de gasolina, quadras esportivas, *playgrounds*, monumentos e instalações relacionadas ao tráfego, como pontes e viadutos. Nessas hipóteses, a edificação é considerada um componente do direito de superfície, fazendo parte da propriedade do superficiário e não do dono do terreno[46].

9. A SUPERFÍCIE E OUTROS INSTITUTOS SIMILARES

No âmbito dos direitos reais, o usufruto (*Nießbrauch*) não se enquadra nas mesmas finalidades da superfície. De fato, conforme o § 1061, 1 do BGB, o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário, sendo intransferível (§ 1059). Também é intransferível o direito de habitação (*Wohnungsrecht*), conforme estabelecem os §§ 1092 e 1093 do BGB[47].

O direito alemão, igualmente, distingue a superfície do contrato de locação (*Mietvertrag*) ou do arrendamento (*Pachtvertrag*). Realmente, enquanto a superfície cria um direito real, a locação ou o arredamento constituem apenas um direito obrigacional. Além disso, o superficiário pode alienar ou onerar seu direito, o que não é admitido na locação ou no arrendamento. Outro ponto de divergência é o prazo de duração, pois a superfície pode ser concedida por longo prazo; já no contrato de locação, os prazos são, em geral, mais reduzidos, podendo ser admitida a contratação por até 30 anos ou pelo tempo de vida do locatário (§ 544 do BGB)[48].

10. OBJETO (*BELASTUNGSGEGENSTAND*)

O objeto a ser onerado é o imóvel em sua integralidade, isto é, um terreno (*Grundstück*). Não pode se tratar apenas de uma parte do terreno ou de uma parte de uma copropriedade, visto que é necessário que uma parte real (e não ideal) seja objeto de registro imobiliário[49]. Todavia, o exercício

44 - Transcrevemos a definição no original: "*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*" (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

45 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 23.

46 - WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 35.

47 - BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

48 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3-4.

49 - STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen*

da superfície pode ser limitado a uma parte do imóvel. Ademais, também se admite a constituição de um direito de superfície sobre mais de um terreno (*Gesamterbbaurecht*)[50].

Não é permitido onerar um condomínio edilício com a superfície, pois, no caso, não se trata de um terreno para edificação. Além disso, sobre o terreno do condomínio igualmente não seria possível, visto que não se permite o estabelecimento de superfície quando haja uma propriedade especial ou uma utilização especial dessa propriedade decorrente da regulamentação do condomínio. Todavia, essa última questão é discutível[51].

A doutrina alemã, outrossim, se divide quanto à admissão de uma sobrelevação ou subsuperfície (*Untererbbaurecht*)[52]. Nesse caso, não seria onerado propriamente um terreno, mas, sim, uma outra superfície. Entretanto, a legislação sobre registro de imóveis (*Grundbuchordnung* - GBO) reconhece a possibilidade em seu § 6, 2, mencionando-a expressamente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não cabe na Alemanha o direito de superfície para fins de plantação[53]. Para remediar essa impossibilidade, as partes do imóvel que não forem necessárias para a construção da edificação podem ser usadas para tal finalidade, como é o caso de jardins de ornamentação. Em todo caso, a edificação continua sendo o objeto principal[54].

11. CONTEÚDO LEGAL (*GESETZLICHER INHALT*)

O conteúdo legal da superfície deve existir, pois, caso contrário, não haverá o surgimento desse direito. A matéria é definida pelo § 1 da ErbbauRG, que inclui, como conteúdo obrigatório, a existência de um direito real sobre a superfície de um terreno ou ao seu subsolo, permitindo-se a realização de edificações. Consequentemente, o titular do direito de superfície torna-se proprietário das obras realizadas no imóvel[55].

A superfície constitui, no Direito alemão, o maior ônus que pode ser imposto sobre uma propriedade, visto que o proprietário do terreno perde a sua posse direta e o superficiário pode erigir uma construção, ocupá-la, utilizá-la, destruí-la e substituí-la. De qualquer forma, vale observar que, na concessão do direito de superfície, deve ser prevista, de forma mais ou menos clara,

Gesetzbuch. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

50 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

51 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 24.

52 - Vale notar que o BGH reconhece a subsuperfície (BGHZ 62, 179 = NJW 1974, 1137).

53 - No Direito brasileiro, a constituição de superfície para fins de plantação está expressamente prevista no art. 1.369 do Código Civil.

54 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 26.

55 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

como a edificação será realizada[56].

De fato, o gênero da construção e a sua extensão devem, necessariamente, ser definidos, visto que um direito real deve ser suficientemente determinado (*Bestimmtheitsprinzip*). Aliás, é esse conteúdo determinado que levará à aquisição, por parte do superficiário, da propriedade sobre a construção.

A cessibilidade (*Veräußerlichkeit*) e a transmissibilidade por herança (*Vererblichkeit*), outrossim, fazem parte dos elementos característicos obrigatórios do direito de superfície. Por fim, além do direito de edificação como elemento principal, também se garante eventual direito acessório de uso sobre áreas não edificadas.

12. CONTEÚDO CONTRATUAL (*VERTRAGLICHER INHALT*)

O conteúdo legal do direito de superfície não é suficiente para regular as relações entre superficiário e o proprietário do terreno. Ao lado do conteúdo legal, o § 2 da ErbbauRG dispõe que as partes podem, contratualmente, criar outros direitos e obrigações, o que, na prática, é muito comum[57].

Como regra, tal contratação deveria ter efeito meramente obrigacional, não valendo contra qualquer sucessor, particularmente se este não teve conhecimento do vínculo obrigacional. Contudo, no que toca ao conteúdo do direito de superfície, a legislação protege a contratação com eficácia real. Assim sendo, ficam vinculados ao estabelecido tanto os atuais como os futuros proprietários do terreno e superficiários[58].

O possível conteúdo contratual é enumerado, de forma não taxativa, pelo § 2 da ErbbauRG, podendo abranger disposições sobre: 1) a construção, a manutenção e a utilização da edificação; 2) o seguro da edificação e sua reconstrução em caso de destruição; 3) a responsabilidade por encargos públicos e privados; 4) a obrigação do superficiário, se preenchidas determinadas condições, de transferir a superfície ao proprietário do terreno (reversão – *Heimfall*); 5) responsabilidade do superficiário pelo pagamento de multas contratuais; 6) concessão de direito de preferência ao superficiário para a renovação da superfície depois de decorrido seu prazo; e 7) a obrigação do proprietário do terreno de vendê-lo ao superficiário[59].

56 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.
57 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.
58 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.
59 - § 2 da ErbbauRG: "*Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: 1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks; 2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; 3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben; 4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall); 5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen; 6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf; 7. eine Verpflichtung des*

Além disso, pode ser também estabelecida, como conteúdo contratual, a necessidade do consentimento do proprietário do terreno para a alienação da superfície pelo superficiário, bem como para o estabelecimento de hipoteca (*Hypothek*), de dívida imobiliária (*Grundschuld*), de dívida imobiliária em forma de renda (*Rentenschuld*) ou de ônus reais (§ 5 da ErbbauRG). Ficam sem validade eventuais obrigações estabelecidas sem a observância do necessário consentimento do proprietário do terreno (§ 6 da ErbbauRG).

Portanto, pode-se notar que vários elementos previstos legalmente como integrantes do direito de superfície no Brasil, como é o caso do direito de preempção, não são concedidos pela legislação alemã, sendo necessário seu estabelecimento pela via contratual. Há, então, uma maior autonomia no Direito alemão no que toca à constituição de direitos e obrigações das partes.

13. SURGIMENTO E TRANSFERÊNCIA (*ENTSTEHUNG UND ÜBERTRAGUNG*)

A concessão e a transmissão do direito de superfície seguem os princípios gerais atinentes à propriedade imobiliária (§§ 873 e ss do BGB). O surgimento da surperfície não segue, entretanto, a forma estabelecida para alienação da propriedade imobiliária, mas, sim, as disposições atinentes à sua oneração[60].

Pressupõe a existência de dois contratos. O primeiro negócio jurídico, um contrato no qual alguém se obriga a fazer a concessão (ou transmissão) do direito de superfície, deve seguir a forma estabelecida no § 311b 1 BGB e deve ser realizada perante o notário. Trata-se de um contrato regido pelo direito obrigacional, que cria obrigações para as partes, semelhante ao contrato de compra e venda[61].

Contudo, é necessário, conforme o § 873 do BGB, um segundo negócio jurídico, que constitui um acordo real de cumprimento (*dingliches Erfüllungsgeschäft*). Até a entrada em vigor da ErbbauVO, tal acordo tinha a forma da *Auflassung* (§ 925 do BGB)[62], mas essa forma não é mais prescrita (§ 11, 1 ErbbauRG). Por fim, há o registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*), surgindo então o direito de superfície[63].

Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen".

60 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 41.

61 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 374.

62 - No Direito brasileiro não há um tipo de negócio jurídico como a *Auflassung*. Ela constitui um acordo de transferência da propriedade relativa a um imóvel, que segue a forma prevista no § 925 do BGB (JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wörterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2, p. 20).

63 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

Também existem outras formas de surgimento, como: a desapropriação (*Enteignung*), que sucede em função da legislação federal ou dos estados[64] e; a usucapião tabular (*Tabularersitzung*), conforme o § 900, 2 do BGB, que ocorre se a superfície ficou, durante 30 anos, erroneamente registrada no registro imobiliário e aquele que a registrou a possuiu durante esse tempo como se fosse sua, não se fazendo necessária a prova de boa-fé[65].

A superfície é duplamente registrada no registro de imóveis, o que é feito no livro referente à propriedade do terreno e em um livro específico, atinente ao direito de superfície[66]. No registro imobiliário do imóvel gravado, é feito o registro acerca da sua criação, extinção ou alteração de conteúdo, o que tem efeito constitutivo[67]. Tais atos devem ser realizados no local onde foi registrada a propriedade do terreno a ser onerado, sendo, então, evidente ser a circunscrição imobiliária do local do terreno a competente para o registro[68].

Além disso, o conteúdo, a transferência e eventuais ônus sobre a superfície devem ser registrados em um livro específico, chamado *Erbbaugrundbuch*, conforme dispõe o § 14 da ErbbauRG. Seja como for, esse último registro não é constitutivo do direito, mas tão somente uma formalidade do registro imobiliário[69].

14. TRATAMENTO SEMELHANTE AO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de superfície é um direito real (*dingliches Recht*) ao qual é dado um tratamento semelhante ao direito de propriedade imóvel[70], com exceção das normas atinentes à *Auflassung* (§ 11, 1 da ErbbauRG). Assim sendo, vigoram para a superfície, por exemplo, as regras sobre o regime patrimonial de bens entre os cônjuges (*ehelichen Güterrecht*) e as regras do direito das sucessões[71].

O tratamento assemelhado ao direito de propriedade também leva à constrição da superfície, da mesma maneira que a propriedade, no decorrer de um processo judicial de execução (*Zwangsvollstreckung*). E não poderia

64 - DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1401.
65 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 42.
66 - STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 345.
67 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.
68 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.
69 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.
70 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 18.
71 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

ser diferente no que toca aos ônus, sendo admissível sua instituição sobre a superfície, ainda que se trate, conforme entendem parte da doutrina e o BGH, da constituição de outra superfície (superfície de segundo grau ou subsuperfície), ou seja, uma superfície onerando uma superfície (*Untererbbaurecht*)[72].

Por fim, em caso de esbulho ou turbação, o superficiário, tal qual o proprietário, dispõe de pretenções para a proteção de seu direito, previstas nos §§ 985 e 1004 do BGB (direitos de restituição e de abstenção de distúrbios).

15. RENDA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE (*ERBBAUZINS*)

O proprietário do imóvel gravado obtém uma contraprestação em dinheiro, relativamente moderada, conhecida como *Erbbauzins* (*solarium*), que é paga pelo superficiário. Tal remuneração é devida pelo fato de ter sido concedido o direito de superfície pelo proprietário do imóvel, que abriu mão de sua posse direta e da possibilidade de sua utilização (§ 9 ErbbauRG)[73].

De acordo com a legislação alemã, tanto o montante como o prazo da *Erbbauzins* devem ser fixados antecipadamente, para toda a duração da superfície, o que certamente representa um risco para o proprietário do imóvel. Realmente, a necessidade de projeção dos valores a serem pagos (§ 9 ErbbauRG) pode ser um fator bastante complicado se houver instabilidade econômica, mesmo porque não existe, na Alemanha, o instituto da correção monetária[74].

Na prática, no entanto, desenvolveram-se cláusulas obrigacionais de adequação, as quais possibilitaram o aumento e a redução da *Erbbauzins*, o que, por outro lado, passou a ameaçar o caráter social da superfície. Para contornar a situação, procurando-se assegurar o caráter social do instituto, foi introduzido o § 9a da ErbbauRG, que previu ser possível que se estabeleça, obrigacionalmente, a modificação da *Erbbauzins* para a sua adequação à alteração de circunstâncias. Aliás, no caso de elevação, o § 9a da ErbbauRG prevê restrições para a proteção do caráter social da superfície [75].

Por derradeiro, vale observar que a obrigação de pagamento do *Erbbauzins* não é propriamente conteúdo do direito de superfície, mas um ônus em favor do proprietário do imóvel que a concedeu. Para que seja assegurada eficácia absoluta à remuneração a ser paga, é necessário seu registro como um ônus real (§§ 1105 e ss do BGB)[76].

72 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 376.
73 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.
74 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.
75 - OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.
76 - VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

16. TÉRMINO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE (*BEENDIGUNG DES ERBBAURECHTS*)

16.1. Rescisão (*Aufhebung*)

O direito de superfície pode ser rescindido, conforme estabelece o § 875 do BGB, mas é necessária a declaração do superficiário no sentido de que está renunciando a seu direito, bem como o consentimento do proprietário do terreno (§ 26 da ErbbauRG)[77].

O § 26 da ErbbauRG trata, então, de uma forma de extinção do direito de superfície por meio de um negócio jurídico, que depende da declaração de vontade do superficiário e do proprietário do terreno. Isso significa que a superfície, nessa hipótese, somente se extinguirá com a manifestação do proprietário do terreno, não tendo efeito jurídico uma renúncia apenas por parte do superficiário[78].

Deve-se notar, ainda, que a rescisão não se confunde com uma condição resolutiva, mesmo porque, conforme o § 1, 4 da ErbbauRG, não é permitida a constituição de superfície na qual se estabeleça que o superficiário renunciará ao seu direito caso haja a ocorrência de determinadas condições[79].

Em todo caso, deve-se observar que a declaração do superficiário pode ser emitida diante do registro imobiliário ou do proprietário do terreno. O consentimento do proprietário, que é irrevogável, é provado por intermédio de documento público ou com fé pública. Ademais, eventualmente, também será necessário o consentimento de terceiros que tiverem outros direito reais sobre a superfície, como um direito real de garantia (e.g. hipoteca)[80].

Por fim, a extinção demanda seu registro no registro imobiliário, o que é feito tanto no livro em que está registrado o terreno (*Grundbuch*) como no livro especial de registro da superfície (*Erbbaugrundbuch*).

16.2 Extinção por decurso de prazo (*Zeitablauf*)

A superfície se extingue normalmente com o decurso de determinado prazo estabelecido no negócio jurídico[81], matéria que é regulada pelos §§ 27 a 30 da ErbbauRG. Na prática, os prazos de contratação variam entre 30 e 100

77 - WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.
78 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.
79 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.
80 - RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.
81 - WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

anos, sendo muito comum a fixação do prazo de 99 anos[82]. Contudo, como não há um prazo limite estabelecido pela legislação[83], entende-se que é possível sua contratação por prazo indeterminado (*ewiges Erbbaurecht*)[84]

Decorrido o prazo, encerra-se a superfície automaticamente, sem necessidade de uma declaração de vontade específica. Com isso, a propriedade sobre a construção passa também automaticamente ao proprietário do terreno[85].

Nesse contexto, em função do decurso do prazo, fica o registro imobiliário incorreto, sendo necessária a sua retificação (*Grundbuchberichtigung*). O proprietário do imóvel pode, conforme o § 894 do BGB, exigir o consentimento do superficiário para a regularização do registro imobiliário, caso o próprio superficiário não tenha já tomado tal medida (§ 22, 2 da Ordenança de Registro Imobiliário – *Grundbuchordnung* - GBO)[86].

Extinta a superfície pelo decurso de prazo, cabe ao titular do direito de superfície, contra o proprietário do imóvel, uma pretensão legal ao pagamento de indenização (§ 27 I ErbbauRG)[87]. As partes podem deliberar, como conteúdo da superfície, acerca do valor da indenização ou sobre sua exclusão, o que terá eficácia real sobre o imóvel e sobre a superfície (§ 27, I, 2 da ErbbaRG). Na falta de referida disposição em sentido contrário, a própria obrigação legal de indenizar também terá a mesma eficácia[88].

Ademais, para evitar o pagamento de indenização, o proprietário do terreno pode oferecer ao superficiário, antes do decurso do prazo, a possibilidade de prorrogação de seu direito pelo tempo de vida previsível da edificação. Em caso de recusa do superficiário, há, então, a extinção do dever de pagamento da indenização[89].

Por derradeiro, o § 29 da ErbbauRG prevê, ainda, que o credor titular de um direito de garantia sobre a superfície, mesmo com o decurso do prazo da superfície, ainda se beneficie dessa garantia no que toca ao valor da indenização paga.

82 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.
83 - No Brasil, o direito de superfície, regulado pelo Código Civil, deve ser concedido por prazo determinado (art. 1.369 do CC). No Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por outro lado, a concessão do direito de superfície poderá ser por tempo determinado ou indeterminado (art. 21).
84 - DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1400.
85 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.
86 - INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.
87 - WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.
88 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.
89 - WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

16.3. Reversão (*Heimfallrecht*)

A chamada reversão se distingue da extinção da superfície, pois, nesse caso, o superficiário está obrigado a transferir seu direito ao proprietário do terreno. Assim, não há propriamente extinção da superfície, cabendo ao proprietário do terreno decidir se, depois, irá extinguir ou transferir a superfície a um terceiro[90]. Também não há extinção dos direitos reais de garantia (*Grundpfandrechte)* que oneram a superfície, permanecendo sua existência, desde que eles não caibam ao proprietário do terreno (§ 33 da ErbbauRG).

A reversão é acordada pelo proprietário do terreno e pelo superficiário (§ 2, 4 da ErbbauRG), como regra, já no momento em que a superfície é constituída. Trata-se de uma espécie de direito real de aquisição (*dingliches Erwerbsrecht*), que onera o direito de superfície e se liga inseparavelmente à propriedade do terreno (§ 3 da ErbbauRG)[91].

As razões para a ocorrência da reversão podem ser acordadas livremente pelas partes, mas devem ter relação objetiva com o direito de superfície[92]. Nessa linha, o principal caso é o atraso no pagamento do *solarium* (*Erbbauzins*), mas a pretensão à reversão somente será cabível se, pelo menos, dois anos de *solarium* estiverem em atraso (§ 9 IV ErbbauRG)[93]. Outras hipóteses normalmente acordadas são o atraso na construção, a alteração não autorizada do uso, a negligência na manutenção, a insolvência do superficiário, bem como a morte do proprietário do terreno ou do superficiário[94].

Com o preenchimento da pretensão de reversão, há a transferência da superfície e o superficiário perde a propriedade sobre a construção, que, em regra, ele mesmo construiu. Não é permitida ao superficiário, com a reversão ou com a extinção da superfície, a retirada da construção ou a apropriação de parte dela (§ 34 ErbbauRG). Em contrapartida, o superficiário tem uma pretensão de reembolso, senão o proprietário do terreno se enriqueceria às suas custas (§ 32 ErbbauRG) [95].

Os valores são, como regra, fixados antecipadamente na contratação feita entre as partes (§ 32 I 2 ErbbauRG). É possível a exclusão da pretensão de reembolso em favor do superficiário, mas é raro isso ocorrer[96].

90 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.
91 - WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.
92 - WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 43.
93 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.
94 - WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.
95 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.
96 - PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

16.4. Destruição da edificação (*Untergang des Bauwerks*)

A destruição da edificação não causa a extinção do direito de superfície, matéria expressamente regulamentada pelo § 13 da ErbbauRG[97]. De fato, como se considera que o direito de superfície possibilita a construção de um edifício, não seria nenhuma condição jurídica a existência da edificação para o surgimento do direito de superfície[98].

Por conseguinte, não existindo vinculação entre a existência da edificação e o direito de superfície, a destruição da primeira não leva à extinção do segundo.

17. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superfície é um importante instrumento de política do solo, que, infelizmente, não tem encontrado grande utilização no Direito brasileiro. Os entes públicos podem, por meio dela, promover a urbanização e o aproveitamento de bens públicos dominicais (terras estatais sem uso), mesmo porque, muitas vezes, o Poder Público, apesar de possuir patrimônio, não tem recursos para a sua utilização, em especial quando se trata de edificação.

Nesse contexto, a superfície, ao lado dos tradicionais contratos de concessão ou de comodato, muito difundidos quando um ente público autoriza outro ente público a edificar em terreno de sua propriedade, bem como a utilizá-lo por determinado prazo, poderia ser uma opção à disposição daqueles que pretendem uma contratação com maior segurança, cujos efeitos jurídicos não são meramente obrigacionais, mas reais.

Ademais, na mesma senda, também é possível seu uso em empreendimentos particulares, nos quais, aqueles que vão realizar edificações em propriedade alheia, não pretendem estar garantidos por mera contratação, sendo muito mais segura a constituição de um direito real de superfície.

Por conseguinte, considerando essa análise do Direito alemão, parece-nos que, no Brasil, esse direito real precisa ser melhor utilizado, o que permitirá, retomando mesmo suas origens romanas, seu emprego para uma mais adequada realização do princípio da função social da propriedade.

97 - § 13 ErbbauRG: "*Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht*".
98 - WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 44.

BIBLIOGRAFIA

BALLIF, Alban. *Le droit de superficie. Eléments réels, obligations* propter rem *et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen:Mohr Siebeck, 2014.

DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3.

INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001.

JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wöterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2.

OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012.

OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1504-1647.

PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014.

RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 1-210.

STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1.

WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015.

WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015.

A ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: UM RETORNO AO PASSADO PARA SE PENSAR O FUTURO

The origin, development and consolidation of the right to non self-incrimination: a return to the past to think about the future

Marcelo Santiago de Morais Afonso
Advogado
Mestre em Direito pelas Universidades de Lisboa, Université de Rouen e Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

RESUMO. O trabalho, por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular, trata de uma exposição histórica do *nemo tenetur*, com a finalidade de demonstrar seu desenvolvimento até os dias atuais, tanto nos ordenamentos jurídicos que proporcionaram sua origem, quanto no ordenamento brasileiro e o da comunidade europeia. Ressalta-se a importância de se assegurar as conquistas realizadas ao longo da história, no entanto, demonstra-se, diante da moderna tendência de relativização do *nemo tenetur se detegere* pelo ordenamento norte americano e no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a possibilidade de sua relativização, em determinados casos, com a estrita observância legal e com existência da devida densidade normativa necessária, sob pena de tornar a persecução criminal fadada ao fracasso absoluto.

PALAVRAS-CHAVE: AUTOINCRIMINAÇÃO; NEMO TENETUR SE DETEGERE; PROCESSO PENAL; HISTÓRIA; DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT. The work, analyzed through a method that moves from the general to the particular, is a historical exposition of the right to not self-incrimination, in order to demonstrate its development to the present day, both in the legal systems that have provided their origin, as in the Brazilian legal system and the European community. It emphasizes the importance of ensuring the achievements made throughout history, however, it shows up on

the modern tendency to relativize the *nemo tenetur se detegere* by the United States and in the European Court of Human Rights, the need to respect its safeguards, but also the possibility of relativization in some cases, with the strict legal and required observance and the need of existence of previous proper rules, failing to make the criminal prosecution, in certain cases, doomed to utter failure.

KEYWORDS: SELF-INCRIMINATION; NEMO TENETUR SE DETEGERE; CRIMINAL PROCEEDING; HISTORY; HUMAN RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO

Há uma série de capítulos, na história da criação de um direito efetivo à não autoincriminação, nos quais, apesar de partes identificáveis entre si, constam também grandes diferenças, de forma que não houve um constante desenvolvimento, por meio de uma única raiz histórica, para a consagração desta garantia.

Como se perceberá, apesar de não haver uma exata correspondência com o *nemo tenetur*, há um certo entendimento acerca da impossibilidade de auto incriminar-se em determinada civilização antiga, a qual poderia ser considerada o berço da criação e desenvolvimento desse direito. No entanto, questões políticas e a sede punitivista própria da antiguidade sufocaram o desenvolvimento do direito à não autoincriminação nessa raiz histórica, que não deixou de oferecer a sua contribuição.

A correta compreensão da história do direito à não autoincriminação nos permite perceber, de forma mais clara, a sua grande valia e a necessidade de sua observância. Existe uma íntima relação entre a ambição da verdade real, que impunha ao acusado o dever de incriminar-se, e os abusos típicos de um procedimento inquisitorial. A ideia de que a verdade deve ser implacavelmente perseguida pelo juiz dominou grande parte do pensamento dos operadores do direito e, até mesmo, tornou-se a regra e o objetivo do processo penal em um passado marcado pelo sangue.

O Brasil, por vezes, é criticado na comunidade internacional em razão do reconhecimento quase absoluto do *nemo tenetur se detegere*, em especial pela comunidade europeia, na qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[1] (TEDH) tem relativizado o exercício desse direito.

1- No âmbito Europeu, as alegações de violação de garantias individuais serão levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos dos Humanos, que reconhece de forma implícita o próprio direito à não autoincriminação na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

A tensão se dá em que, de um lado, o Estado deve proteger o cidadão, garantindo um processo justo, equitativo, que sirva como verdadeiro instrumento de garantia dos direitos de todo aquele que é acusado da prática de um delito. Que sirva como um escudo protetor oponível aos excessos do Estado em sua busca pela verdade. Do outro, não pode haver uma proteção absoluta, ao ponto que impeça a persecução penal estatal.

O estudo histórico do princípio e do direito à não autoincriminação nos conduz ao reconhecimento de sua relevância, à necessidade de observância de suas proteções, mas também à possibilidade de sua relativização, em determinados casos, com a estrita observância legal e com existência da devida densidade normativa necessária, para que não se condene ao fracasso absoluto a persecução criminal estatal e o interesse coletivo na execução da justiça.

2. O DIREITO HEBREU

O direito à não autoincriminação possui caracteres identificáveis na antiguidade, em especial no direito hebreu, apesar de não se desdobrar em todos os contornos de uma efetiva proteção e de não ter se desenvolvido através dessa raiz histórica.

Não existe, nas fontes do antigo direito judaico, qualquer discussão acerca do direito à não autoincriminação, mas, em vários pontos dos comentários talmúdicos e pós-talmúdicos, encontram-se referências ao *nemo tenetur*[2].

Talmude (transliteração do hebraico תַּלְמוּד), significa aprender, ou ensinar, instruir, e é mais utilizado para expressar todo o ensino tradicional, particularmente o ensino derivado da interpretação do compêndio escrito da lei oral judaica, baseada nos cinco livros atribuídos a Moisés (o Pentateuco – composto pelos cinco primeiros livros da bíblia), cujo desenvolvimento vai da era pré-cristã até o sexto século depois de Cristo[3]. Trata-se, logo, de uma compilação escrita da tradição oral dos ensinos rabínicos acerca da lei judaica, no qual também se encontram os procedimentos criminais.

O processo criminal talmúdico refletia uma preocupação relativa à vida e à liberdade, no qual era proibido o emprego de qualquer tipo de tormento sobre o acusado[4].

2 - LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination.** Chicago: Ivan R. Dee, 1999. Reimpressão da 1ª edição de 1968. p. 433.
3 - STEMBERGER, Günter. **Introduction to the Talmud and Midrash.** Trad. Markus Bockmuehl. 2. ed. Glasgow: Bell & Bain Ltd, 1996. pp. 164-165.
4 - THOT, Ladislao. **Historia de las antiguas instituciones de derecho penal.** Buenos Aires: L. J. Rosso, 1927. p. 249.

Outras regras importantes dizem respeito ao tema e demonstram a preocupação, ao menos teórica, por um processo justo. Para a condenação criminal, uma regra de duas testemunhas era requerida[5], outrossim, os rabinos que serviam como juízes seguiam regras estritas acerca da prevalência de provas, de forma que não se aceitavam provas de "ouvir dizer" (*hearsay evidences*) ou provas circunstanciais[6].

Dessa regra de duas testemunhas, apesar de não haver qualquer afirmação direta acerca da autoincriminação, os rabinos que serviam como juízes inferiram que a confissão de um criminoso não serviria sequer como o depoimento de uma testemunha dentre as duas requeridas, sendo necessário, ao menos, o depoimento de duas outras pessoas, mesmo havendo uma confissão. Ademais, os rabinos interpretaram que parentes do acusado não poderiam servir como testemunha e todo homem é considerado um parente de si mesmo, por consequência, um homem não poderia depor contra si mesmo[7].

Assim, o Talmude proibia que o acusado de um crime pudesse depor contra si mesmo, sendo encontrada a máxima *ein adam meissim atsmo rasha*, que literalmente significa "um homem não pode apresentar a si mesmo como culpado, ou como um transgressor", o equivalente hebreu para *nemo tenetur seipsum tenetur.* Essa regra, de acordo com Leonard Levy, era absoluta e não poderia ser renunciada ou afastada, nem mesmo voluntariamente. O corpo e a vida pertenciam a Deus e, nos crimes cuja pena cominada fosse a capital ou castigo corpóreo, confessar um crime equivaleria a dispor de sua própria vida ou a imposição voluntária de danos ao próprio corpo e, como dito, a pessoa não possuía tais direitos sobre o corpo ou a vida, mas apenas Deus[8].

A admissão de culpa, no entanto, permitia a sanção civil. Se um homem reconhecesse, na corte, que ele possuía um débito, ou reconhecesse ter atuado de alguma forma que o submetesse à responsabilidade civil, seu testemunho valeria como a evidência de cem testemunhas[9]. No pensamento hebraico, entendia-se que os seres humanos possuíam autoridade legal sobre as suas posses físicas, incluindo a autonomia de doar suas posses a outros e, por conseguinte, a possiblidade de admitir e se obrigar ao pagamento de um débito, ou obrigação civil[10].

5 - Essa regra deriva da interpretação de Deuteronômio 17:6 e 19:15, onde se lê, na tradução para o português, respectivamente: "Por boca de duas testemunhas, ou três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por boca de uma só testemunha não morrerá"; "Uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato".

6 - LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 433-438.

7 - Ibidem.

8 - Ibidem.

9 - Ibidem.

10 - LEVINE, Samuel J. **An introduction to self-incrimination in jewish law, with application to the American legal system:** a psychological an philosophical analysis. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, n. 28, 2006. p. 268.

As regras das duas testemunhas, e a consequente proibição do acusado depor contra si mesmo, no entanto, apesar de suas contribuições para o processo penal, por meio dos ensinos talmúdicos, não foram observadas plenamente no direito hebreu. Em várias passagens bíblicas, encontram-se condenações com base na confissão unicamente do acusado. Por exemplo, o relato de Josué 7, no qual Açã confessa um furto e, depois, é levado, com todos os seus pertences e família par o Vale de Ancor e são apedrejados até a morte. No julgamento de Jesus, outrossim, foi decidida a sua morte unicamente com base nas suas próprias palavras: "então o sumo sacerdote rasgou as suas vestes, dizendo: Blasfemou; para que precisamos ainda de testemunhas? Eis que bem ouvistes agora a sua blasfêmia[11]".

3. CIVILIZAÇÕES CLÁSSICAS

No modelo processual das civilizações clássicas, o acusado era obrigado a colaborar, muitas vezes mediante uma confissão forçada e não havia lugar para o direito ao silêncio, tampouco para o direito à não autoincriminação.

Na Grécia, fazia-se o uso sistemático da tortura nos procedimentos criminais. Aplicavam, em primeiro lugar, nos procedimentos contra os escravos, mas, também, em casos de crimes cometidos nos quais as únicas testemunhas eram familiares do acusado. Ainda, aplicavam a tortura em todos os processos que tinham relação com dinheiro, se não fosse possível outros meios de prova[12].

O direito romano, por sua vez, recebeu dos gregos a instituição da tortura, porém de uma forma mais restrita, sendo aplicada apenas aos escravos. Mais tarde, na época do Império, nos crimes de lesa-majestade, passou a ser aplicada a tortura também a pessoas de estado livre[13].

Assim, a aplicação da tortura era legal e as regras para sua aplicação estavam dispostas nas *Digestas* e no *Codigo*. Segundo tais regras, a tortura deveria ser empregada para esclarecer os delitos. Seu princípio fundamental era que só deveria recorrer-se à tortura dos escravos quando recaíam sobre estes fundadas suspeitas e se houvessem esgotados todos os demais recursos além da confissão[14].

11 - Os relatos estão em Marcos 14:53-65, Mateus 26:57-68, Lucas 22:63-71 e João 18:12-24.
12 - THOT, Ladislao. Op. cit., p. 249.
13 - Idem. p. 250.
14 - Idem. p. 251.

Pelo exposto, é certo que o *nemo tenetur*[15] era desconhecido pelo direito das civilizações grega e romana.

4. O DIREITO BÁRBARO

Na idade média, deu-se continuidade à imposição de um dever de verdade no processo criminal. A verdade, contudo, não raras vezes era pré-concebida, e, contra o acusado, até então considerado objeto da prova, os mais diversos meios de tortura eram utilizados para se extrair uma confissão que correspondesse à tal "verdade".

Para os bárbaros, invasores do Império Romano, que empregavam as ordálias, não havia lugar para o *nemo tenetur*. O interrogatório era meio de prova[16].

Ordália (ou ordálio) era um tipo de prova no qual se submetia o acusado, por vezes o acusador, ou até mesmo terceiros ou animais, a um teste cujo resultado era atribuído a um ente superior, um deus, para ajudar o juiz a fazer justiça. De acordo com o resultado da prova, que era tido como expressão da vontade do ente sobrenatural e superior, o juiz decidia o conflito. Um exemplo é a prova do ferro em brasa, que era necessário segurar na mão sem se queimar, caso isso ocorresse, o acusado seria considerado inocente[17].

Essas provas fundavam-se na presunção de que Deus protegia a inocência e tornaram-se a regra geral das provas no processo, traduzindo-se em verdadeiras regras de decisão, sendo o juiz obrigado a observá-las quando proferisse a sentença[18].

5. DA IDADE MÉDIA AO SÉCULO XVII

A máxima latina comumente utilizada para afirmar o princípio que determina o moderno direito à não autoincriminação – *nemo tenetur prodere seipsum* – possui sua origem no *ius commune* europeu. A lei canônica medieval, que consiste na parte eclesiástica do *ius commune*, continha a afirmação de

15 - O princípio contra a autoincriminação é expresso por meio de várias máximas latinas, tais como, *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a descobrir-se)*, nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser obrigada a trair-se a si mesma em público). No trabalho, adotamos a nomenclatura genérica *nemo tenetur* como referência ao princípio.

16 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 30.

17 - GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 6. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 715.

18 - MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal.** 3. ed. Trad. Alberdo Antonio Soares. Anotado por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. pp. 35, nota (S) - 36.

que "ninguém será obrigado a acusar a si mesmo"[19] [20].

Helmholz aponta que a máxima que vedava a autoincriminação era encontrada e explicada no mais popular manual processual do *ius commune* medieval, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis em 1296, normalmente expressada na forma *nemo tenetur detegere turpitudinem suam,* estabelecendo o princípio de que ninguém é obrigado a testemunhar contra si mesmo, porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha[21].

Martinez-Torron também aponta que o antecedente remoto do direito à não autoincriminação se encontra no *ius comune* medieval, especialmente na obra dos canonistas[22].

A ideia central, na época, era a de que o homem somente é obrigado a revelar suas faltas a Deus, mas não pode ser forçado a responder uma pergunta específica sobre seu comportamento da vida privada, se sofrer o risco de cometer infâmia ou ser submetido à persecução penal. O texto utilizado para justificar esse entendimento era um comentário de São João Crisóstomo à carta de Paulo aos Hebreus, que foi inserido no Decreto de Graciano[23], que declarava: "eu não te digo que devas trair a si mesmo em público nem acusar a si mesmo diante dos outros, mas que obedeças ao profeta quando ele disse 'revele os seus caminhos ao Senhor'"[24].

O que se nota é que tal entendimento não assegurava o direito ao silêncio como uma garantia contra a autoincriminação, mas, antes, uma limitação à intromissão estatal na esfera privada do indivíduo. Ademais, em razão do juramento *de veritate dicenda*, como adiante será demonstrado, o direito ao silêncio não se efetivou na prática dos tribunais eclesiásticos da igreja medieval.

A verdade é que poucos pesquisadores têm atribuído a origem do moderno direito à não autoincriminação ao *ius commune* Europeu. A tese mais aceita quanto à origem do direito de ficar em silêncio (o qual desenvolveu-se como decorrência do direito à não autoincriminação) em procedimentos criminais até mesmo defende sua criação como uma rejeição do *common law* Anglo-Americano à prática dos tribunais eclesiásticos, que, apesar do *nemo tenetur detegere turpitudinem suam,* impunham aos acusados um juramento

19 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. **The privilege against self-incrimination: its origins and development.** Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 17.

20 - Helmholz (Op. cit., p. 209, nota 1) explica que o termo *ius commune* se refere à combinação da lei romana e canônica que dominou a educação jurídica europeia antes da Era Moderna. Em larga medida, o *ius commune* determinou as regras da prática nas cortes da igreja inglesa antes e depois da Reforma Protestante do Séc. XVI.

21 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 26.

22 - MARTINEZ-TORRON, Javier**. Derecho anglo-americano y derecho canónico**: las raíces canónicas de la common law. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 177.

23 - Monge que compilou o direito canônico no século XII.

24 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 26.

que requereria a estes que se auto incriminassem[25].

Wigmore adverte que há duas linhas distintas e paralelas de desenvolvimento do *nemo tenetur* que devem ser consideradas. Uma até advém de outra, sucedendo-a, apesar de se iniciar antes da primeira encerrar-se. A primeira é a oposição ao juramento de ofício das cortes eclesiásticas, que adiante será demonstrado e se inicia no século XIII; a segunda é a história da oposição às questões incriminadoras das cortes de *common law*, ou seja, o direito à não autoincriminação já em sua forma moderna[26], que será explanado no subcapítulo seguinte, já no localizado no final do século XVII e início do século XVIII. É importante ter em mente que a máxima *nemo tenetur*, utilizada no período sob análise, por conseguinte, não se confunde por completo com o *privilege against self-incrimination*, desenvolvido posteriormente[27].

É também de se notar que Leonard Levy não traça a origem do direito à não autoincriminação até a *Magna Charta* (1215), mas atribui ao documento relevo quanto ao estímulo de invocação do direito como parte da garantia de que nenhum homem pode ser condenado exceto pela lei (*the law of the land*), bem como o estabelecimento de *standards* que evidenciavam os desvios dos procedimentos das cortes eclesiásticas[28]. Charles M. Gray defende que, até mesmo mais adiante, no início do século XVII, não era plausível arguir-se a violação da *Magna Charta* nas cortes eclesiásticas, apesar de ter acontecido[29].

O juramento de ofício (*ex officio oath*), ou o juramento *de veritate dicenda*, era utilizado em todas as cortes da igreja inglesa. O acusado, sem saber as acusações que pesavam sobre si, ou seus acusadores, ou sequer as provas existentes, deveria imediatamente prestar o juramento *de veritate dicenda* ou ser tido como culpado, contudo, ao realizar o juramento, se exporia à incerteza da punição por perjúrio ou ao dever de admissão das acusações. Era, portanto, um juramento auto incriminador[30].

O juramento, introduzido pelo Papa Inocêncio III e endossado no IV Concílio de Latrão[31], foi utilizado, em especial vários anos depois, nas ramificações da *Court of High Comission*, um tribunal criado na monarquia dos Tudor ao qual foi dada uma competência mais alargada para suprimir

25 - Idem. p. 18.
26 - WIGMORE, John H. **The privilege against self-incrimination**: its history. *In* Harvard Law Review, vol. 15, Abril 1902, n. 8. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1902. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1322647>, acessado em 15/07/2015.
27 - John H. Langbein, *in* HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 107, salienta essa informação demonstrando que Wigmore cometeu um erro ao identificar as origens do *privilege against self-incrimination* no século XVII, e não na metade do século XVIII, por confundir a máxima *nemo tenetur* com o primeiro princípio.
28 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 46.
29 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., pp. 72-74.
30 - LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 23-24.
31 - Convocado no ano de 1213 e ocorrido no ano de 1215.

dissenções entre as cortes de dioceses ordinárias[32]. Dizia-se que o juramento era uma forma de tortura, até mesmo mais cruel que a tortura física, pois atormentava a alma do homem ao tentá-lo a salvar-se a si mesmo da punição terrena, mas cometendo perjúrio e, consequentemente, condenar-se eternamente por desonrar a Deus[33].

Na Inglaterra, o juramento *de veritate dicenda* foi incorporado em 1236, pelo Papa Gregório IX, por meio de seu representante, o Cardeal Otho. Este, imediatamente após sua chegada, convocou uma reunião com todos os bispos da Inglaterra e emitiu decretos ou "constituições" sobre vários assuntos eclesiásticos, dentre os quais constava o procedimento a ser seguido pelas cortes eclesiásticas inglesas, tendo em conta que os bispos ingleses não estavam totalmente familiarizados com as reformas procedimentais realizadas por Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão. Um desses decretos determinava o uso do juramento *ex officio*[34].

O primeiro registro do uso do juramento *ex officio* deu-se dez anos depois, em 1246, antes mesmo da criação da *Court of High Comission*, que só viria a existir no Século XVI.

Na ocasião, o bispo de Lincoln, Robert Grosseteste, conduziu uma investigação sobre conduta sexual inapropriada e imoralidade em geral na sua diocese. Para descobrir os que eram os culpados de qualquer dos sete pecados capitais, o bispo submeteu todos ao juramento *de veritate dicenda*. A recusa ao juramento implicava a admissão de culpa. O fato levou os *sheriffs* de Liconln a fazerem várias reclamações ao Rei Henrique III, da Inglaterra, e este emitiu mandados ordenando que os *sheriffs* não permitissem que nenhum sujeito que estivesse sob as suas jurisdições comparecesse diante do bispo, ou seus oficiais, para responder a perguntas colocando-se sob o juramento. O Rei descreveu o juramento como ofensivo à sua coroa porque era repugnante aos antigos costumes do seu reino, às liberdades das pessoas e danoso às suas reputações[35]. Tem-se, de forma embrionária, o combate ao dever de autoincriminação imposto pelo juramento. As proibições do Rei, contudo, não foram observadas e o juramento continuou a ser utilizado ao longo dos anos.

Iniciou-se, posteriormente, uma disputa acerca das jurisdições das cortes eclesiásticas e das cortes do *common law* que trouxeram, como pano de fundo, o debate acerca da legalidade do juramento, que opôs os advogados ingleses do sistema comum, que eram contrários ao juramento, aos oficiais das cortes eclesiásticas, que defendiam o juramento[36].

32 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 18.
33 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 24.
34 - Idem. pp.46-47.
35 - Idem. pp. 47-48.
36 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 18.

Como fruto do debate, os defensores do juramento delinearam as exclusões à autoincriminação forçada. Assim, asseveraram que o princípio *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* apenas se aplicaria aos casos em que o crime fosse completamente desconhecido, mas, uma vez que a prática criminosa viesse a conhecimento público, não haveria espaço para o princípio: alguém não poderia verdadeiramente revelar a própria vergonha uma vez que o fato vergonhoso já havia sido revelado. Seguindo esse entendimento, que foi aceito no direito criminal da igreja, tornando-se uma regra de *ius commune*, os acusados não possuíam a faculdade de recusa de se declarar culpado ou inocente ou de ignorar perguntas sobre seus crimes supostamente conhecidos[37].

Ao delinear as exclusões, apesar de reconhecer um direito de não prestar o juramento em determinadas situações, tal recusa não era tida como um direito subjetivo fundamental, mas uma proteção contra a intromissão indevida, pelos oficiais público, nas vidas privadas das pessoas[38].

A verdade é que, até então, os conflitos envolvendo o direito de não se autoincriminar não foram tão intensos, pois tal direito comportava diversas exceções e, na maioria dos casos, não era observado. Outro motivo, em especial, foi porque os defensores da legalidade do juramento *ex officio* sustentavam que os procedimentos das cortes eclesiásticas possuíam um caráter correcional, "medicinal", e não punitivo. Se não era a mera punição, mas a recuperação do acusado, o princípio que vedava a autoincriminação não tinha espaço para operar e excluir os questionamentos autoincriminadores[39].

Mais adiante na história, com os crescentes processo das inquisições da igreja, especialmente no final século XV e início do século XVI, motivada pela intensa, crescente e violenta perseguição religiosa contra os "hereges" e contra os precursores do movimento da Reforma Protestante, as recusas ao juramento fundadas no princípio *nemo tenteur* tornaram-se mais frequentes[40].

Aqui, cabe ressaltar o primeiro caso registrado de alguém que, acusado pela Inquisição de heresia, se recusou a prestar o juramento sob o argumento de que seria ilegal forçar um homem a acusar-se a si mesmo. Trata-se de John Lambert, em 1532. Deve ser lembrado, todavia, que Lambert se referiu que ele não deveria ser obrigado a revelar apenas os crimes que, ou não eram conhecidos, ou não eram provados. Ele acreditava que a pessoa deveria responder sob juramento se fosse antes propriamente acusado por meio do devido processo[41].

Com o avanço da Reforma Protestante, a oposição contra a jurisdição da Igreja ganhou força. No mesmo período, uma segunda razão do aumento

37 - Idem. p. 28.
38 - Idem. p. 29.
39 - Idem. p. 30.
40 - QUEIJO, Elizabeth. Op. cit., p. 38.
41 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 62.

da oposição específica ao juramento *de veritate dicenda* empoderou-se com a instituição da *Court of High Comission*, na qual era aplicado o procedimento canônico com a imposição do juramento[42]. Aqueles que se recusavam a prestar o juramento eram entregues à temida *Court of Star Chamber*. Ali, foram forçados a responder a todas as questões colocadas, sendo obrigados a escolher entre cometer perjúrio ou fornecer os motivos de sua própria condenação.

Essa corte atuava em diversos campos nas dioceses inglesas e seu propósito expresso era suprimir as manifestações de divergências religiosas, mas, diferente das cortes eclesiásticas tradicionais, foi atribuído poder à *Court of High Comission* para infligir punição temporal, física e financeira, e não apenas religiosa, e, de fato, tal poder foi exercido com regularidade, tornando-se, a corte, em um verdadeiro instrumento de repressão contra aqueles que não reconheciam a autoridade da Igreja da Inglaterra. Dessarte, por atuar no campo da punição, e não na busca pela recuperação moral e espiritual do acusado, houve maior espaço para objeções com base no *ius commune*, do que antes, quando dos procedimentos justificados na esfera espiritual. E isto aconteceu, fomentando a oposição das cortes de *common law*[43].

Leonard Levy assevera que, mesmo que nunca houvesse existido o juramento *ex officio*, o conflito entre as cortes de *common law* e a *Court of High Comission,* no século XVI, era inevitável. O alvo das cortes de *common law* era deter jurisdição em todas as esferas de competência, no entanto, sofrer concorrência com uma nova corte, que se sobrepunha em grande parte às cortes de *common law,* era intolerável[44].

As pessoas passaram então a adotar a técnica, fomentando a disputa entre as cortes, socorrendo-se das cortes de *common law* para obterem *writs* de proibição e *habeas corpus*, para se recusarem a prestar o juramento *ex officio*. Tratava-se de instrumentos jurídicos para interferir nos julgamentos das cortes eclesiásticas. O *habeas corpus* servia para asseverar que a comissão não detinha poder algum para decretar prisões, já os *writs* de proibições tratavam se o acusado poderia ser submetido a julgamento por determinada corte[45].

Pelo que se vê, nesse período, até então não houve uma consolidação, nem a declaração direta da garantia do direito à não autoincriminação, mas é possível notar o início de seu desenvolvimento, não sendo possível, no entanto, precisar com exatidão o surgimento do direito. A disputa entre as cortes de *common law* e as cortes eclesiásticas trouxeram, de fato, como pano de fundo, um debate acerca do direito de não ser obrigado a confessar, expresso, como já demonstrado, mediante as máximas latinas que hoje conhecemos.

42 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., pp. 40-43.
43 - Ibidem.
44 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 218.
45 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 50.

O modelo inquisitorial e a vedação da assistência de advogados, inclusive nas cortes de *common law*, que imperavam na época, não permitiram, mesmo após a extinção das cortes eclesiásticas, a existência de um direito à não autoincriminação.

A transição do modelo inquisitorial para o modelo acusatório do processo penal é que trará o efetivo desenvolvimento do *privilege against self-incrimination.*

6. A PARTIR DO SÉCULO XVII ATÉ A EFETIVA CONSAGRAÇÃO DO DIREITO

Apesar de ser impossível precisar com exatidão o surgimento efetivo do direito à não autoincriminação[46], é sabido que o *nemo tenetur*, como já demonstrado, se origina na tradição jurídica anglo-saxônica, tendo se desenvolvido no processo de transição do modelo inquisitório para o modelo acusatório do processo penal[47].

O direito ao silêncio e o princípio contra a autoincriminação adquiriram a sua forma moderna na Inglaterra. Após a *Magna Charta*, se iniciou um longo processo de reformas visando à instauração de um sistema processual acusatório, de forma que a liberdade de declaração foi sendo gradualmente reconhecida até se converter em um princípio de *common law*[48].

Apesar do entendimento de alguns autores no sentido de que o princípio já estava estabelecido no séc. XVII[49], tem-se por mais seguro que ele ainda não passava de figura argumentativa. Vânia Costa Ramos admite que, no fim do Séc. XVII, o princípio já estava estabelecido em abstrato e era defendido, porém utilizado, como dito, apenas como figura argumentativa, vez que o acusado era obrigado a testemunhar e deveria, no início das audiências, declarar-se culpado ou inocente, sendo que o seu silêncio traduzia-se, na prática, em uma declaração de culpa, visto que os jurados decidiam conforme a sua convicção pessoal e não segundo regras probatórias[50].

46 - Maria Elizabeth Queijo (op. cit. pp. 26-35) afirma que "há quem considere que o princípio *nemo tenetur se detegere* se insere entre as regras gerais de direito, sendo impossível identificar suas raízes". Aponta a autora que na antiguidade havia o dever de juramento no interrogatório, a presunção de culpa oriunda do silêncio do acusado e o emprego de tortura para obtenção da confissão. Da mesma forma, nas civilizações clássicas e na Idade Média, havia o emprego de tortura para obtenção da confissão, além disso, na Idade Média, o interrogatório era meio de prova, não se justificando o direito ao silêncio.

47 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9.

48 - RAMOS, Vânia Costa. ***Corpus Juris 2000* - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e o *nemo tenetur se ipsum accusare*.** *In* Revista do Ministério Público, ano 27, Out-Dez 2006, n. 108. Lisboa: Sindicato dos magistrados do Ministério Público, 2006. p. 136.

49 - Nesse sentido WIGMORE, John H. op. cit.

50 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 137.

John H. Langbein, por seu turno, também ressalta que apesar das disputas constitucionais que resultaram na abolição da *Court of Star Chamber* e da *Court of High Comission*, e, por consequência, do juramento *ex officio,* a verdadeira origem da garantia do *nemo tenteur* no *common law* encontra-se no séc. XVIII, como resultado do trabalho dos advogados de defesa[51].

No entanto, ainda no séc. XVII, precisamente em 1637, temos o registro da prisão, por oficiais da *Court of High Comission*, de um jovem puritano chamado John Lilburne[52], apontado por Leonard Levy como a pessoa mais memorável conectada com a história das origens do direito à não autoincriminação. O caso de Lilburne foi de grande influência para o reconhecimento de um direito efetivo de não ser o, o indivíduo, seu próprio acusador[53].

Lilburne foi preso sob a acusação de imprimir ou importar livros heréticos e sediciosos. Em seu julgamento, enquanto interrogado pelo *Attorney-General*, ele negou as acusações e admitiu apenas que esteve na Holanda, viu certos livros e certos homens lá. Ele foi questionado sobre outros assuntos (incriminadores) e então demandou saber o motivo das perguntas, pois não eram relevantes para a causa de sua prisão. Até então, Lilburne reivindicou seu direito de permanecer em silêncio apenas em questões incriminadoras que não fossem, em sua opinião, relacionadas à acusação. Após preso por duas semanas, foi encaminhado para a *Court of Star Chamber*[54]. O que se tem é que, até então, o direito à não autoincriminação havia se desenvolvido no direito de não ser interrogado sob juramento na ausência de uma suspeita fundada e de questões relacionadas à acusação[55].

Lilburne recusou-se a prestar o juramento *ex officio*, então o conselho o condenou a ser chicoteado por recusar-se a prestar um juramento legal, mas não em razão das acusações até então imputadas. Em 1638, a sentença foi executada[56].

Em 1640, Lilburne apresentou uma petição ao Parlamento e, em 1641, foi votado que a sentença era ilegal, contra a liberdade do sujeito e ordenou sua reparação. Mas a petição não foi adiante e ele a apresentou mais uma vez. Assim, em 1645, a *House of Lords* ouviu sua petição, representada por um advogado, arguindo que Lilburne se recusou a responder sob juramento pois tal seria contra as leis de Deus, da natureza e do reino, pois nenhum homem pode ser seu próprio acusador. Os representantes da *House of Lords,*

51 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 82.
52 - Também citado por WIGMORE (op. cit., pp. 624-627; 633) e Hemlholz (op. cit., pp. 85-86).
53 - LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 266-300.
54 - Ibidem.
55 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 186.
56 - WIGMORE, John H. Op. cit., p. 625. LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 266-300.

então, decidiram que a sentença era nula, ilegal e injusta, contra a liberdade do sujeito, das leis da terra e contra a *Magna Charta*[57].

Apesar do fim do juramento *ex officio* e das cortes *High Comission* e *Star Chamber*, até o séc. XVIII, o acusado ainda era considerado um meio de prova, especialmente porque não tinha direito à assistência de um advogado. Defender-se significava responder, pessoalmente, a todos os termos da acusação; silenciar significava praticamente auto acusar-se[58].

A proibição de advogado de defesa passou por um processo de mitigação que se iniciou em 1696 e foi até 1837. Inicialmente, permitiu-se a defesa por meio de um advogado nos crimes de traição, por meio do *Treason Act* de 1696[59].

Ou seja, apenas no século XIX, por meio do *Act of enabling persons indicted of Felony to make their defence by Cunsel or Attorney*, em 1836, o direito à defesa por intermédio de advogado foi estendido a outros crimes e passou a ser garantido por lei, prevalecendo um verdadeiro direito ao silêncio do acusado porque outro falaria em seu nome. Adiante, em 1848, o *Act to facilitate the Performance of the Duties of Justices of the Peace out of Sessions within England and Wales with respect to Persos charged with Indictable Offences*, criou a obrigação aos juízes de informar aos acusados o direito de permanecerem em silêncio[60].

Inobstante, o direito à não autoincriminação desenvolveu-se mais rapidamente nos Estados Unidos, tornando-se direito constitucional, incorporado pela 5ª emenda em 1791[61].

As fontes do período colonial americano são escassas, mas é possível afirmar que o procedimento criminal adotado na Inglaterra era aplicado nas colônias britânicas. Até o início do séc. XVIII, o modelo processual penal das colônias, portanto, era o *accused speaks*, no qual não havia o direito a um defensor e o próprio acusado era obrigado a falar, sendo o sistema incompatível com o *nemo tenetur*[62].

A permissão para atuação de advogados de defesa nos Estados Unidos também teve influência direta para o desenvolvimento do *nemo tenetur* naquele país. Em 1735, Virgínia permitiu a atuação dos defensores[63].

Em 1776, a Declaração de Direitos de Virgínia, que serviu de modelo para constituições dos estados, reconheceu que nenhum homem pode ser compelido a dar evidências contra si mesmo, tratando-se da primeira

57 - WIGMORE, John H. Op. cit., p. 625.
58 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 40.
59 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 83.
60 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 138.
61 - Ibidem.
62 - HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 114.
63 - QUEIJO, Elizabeth. Op. cit., p. 43.

positivação do direito na América[64].

Em sequência, alguns outros estados consagram o *nemo tenetur*. Com a independência dos Estados Unidos, e o fracasso da governança sob o *articles of association*, uma assembleia ocorrida na *Philadelphia* formou a Constituição Americana, com o propósito de estabelecer as bases e alocações do governo federal. Faltou, no documento, entretanto, qualquer enumeração de direitos e liberdades.

O crescente medo do povo quanto à atuação do governo federal e a necessidade de se limitar o poder exercido levou a uma convenção em favor da enumeração de um conjunto de direitos e liberdades[65].

Como já mencionado, em 1791, o direito à não autoincriminação foi incorporado pela 5ª emenda, sob a redação: "*no man [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*[66]".

A 5ª emenda, entretanto, até o início do século XX, não era aplicada aos Estados-membros, apenas o governo federal em suas decisões possuía o dever de observância do *privilege against self-incrimination*, vez que "a Suprema Corte, em suas decisões sobre o sistema federal, não podia prescrever regras sobre provas para os Estados[67]."

O que se entendia era que as primeiras dez emendas à Constituição Norte- Americana, conhecidas como a *Bill of Rights*, eram vistas como limitações ao exercício do poder do governo federal. Os Estados-membros eram livres para adotar restrições similares, como matéria de lei estadual, mas não eram obrigados. Gradualmente, a Suprema Corte decidiu que todas as provisões da *Bill of Rights* deveriam também ser aplicadas pelos Estados. O privilégio contra a autoincriminação recebeu tal tratamento apenas em 1964, quando a Suprema Corte decidiu nesse sentido no caso *Malloy vs. Hogan*[68].

Em 1966, no caso Miranda *vs.* Arizona, a Suprema Corte americana definiu, como decorrência do *privilege against self-incrimination*, a exigência do dever de advertir o acusado ou suspeito sobre o seu direito de permanecer em silêncio, bem como à assistência de advogado.

Em apertada síntese, nesse julgado, o Sr. Ernesto Miranda foi preso em sua residência e levado à autoridade policial e, após ser interrogado por duas horas, confessou a prática dos delitos de estupro e sequestro. Ao final, ele assinou uma declaração na qual afirmava ter feito a confissão de forma livre e voluntária. Miranda não foi informado do seu direito de permanecer

64 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 405-406.
65 - WEAVER, Russel L; LIVELY, Donald E. **Understanding The first amendment**. 4. ed. Danvers: Lexis Nexis, 2012. p. 6. No mesmo sentido, HELMHOLZ, R. H. *et al*. Op. cit., p. 136.
66 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 138.
67 - QUEIJO, Elizabeth. Op. cit., p. 209.
68 - BERGER, Mark. Op. cit., p. 219, nota de rodapé 1.

em silêncio, do seu direito de ter um advogado, ou do fato de que qualquer de suas declarações durante o interrogatório poderiam ser usadas contra ele no tribunal. Ele opôs-se à introdução da cópia por escrito de sua confissão como prova no julgamento, afirmando que apenas por ignorância dos seus direitos fez a confissão involuntária[69].

A corte, por maioria, excluiu a confissão do processo, e delineou um conjunto de regras que determina o dever de informar ao suspeito, ou acusado, o direito de permanecer em silêncio, de que tudo o que disser poderá ser utilizado contra si e o direito à assistência de advogado. Tais advertências ficaram mundialmente conhecidas como "*Miranda warning"* (ou "aviso de Miranda")*,* e influenciaram outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, como será demonstrado.

7. O DESENVOLVIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

O sistema processual brasileiro, durante o período colonial, desenvolveu-se sob as Ordenações portuguesas (Ordenações Afonsinas – século XV, Ordenações Manuelinas – século XVI, Ordenações Filipinas – século XVII), que adotavam o sistema inquisitório, não havendo espaço para o *nemo tenetur*.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos demonstram, apesar disso, que, já em 1789, havia, na doutrina portuguesa, quem sustentasse a necessidade do reconhecimento jurídico do direito ao silêncio. Trata-se de Pascoal de Melo Freire, que "defendia que o réu apenas prestaria juramento caso se dispusesse a confessar voluntariamente"[70].

No Brasil, essa voz não ecoou. Apenas após a independência do Brasil, em 1822, com a consequente "Constituição Politica do Império do Brazil", de 25 de março de 1824, houve o início da mudança com a abolição expressa da tortura, no art. 179, XIX, *in verbis:* "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis"[71].

Com o Código de Processo Criminal de 1832[72], inspirado nos princípios liberais, especialmente influenciado pela França e Inglaterra[73],

69 - Integra do acórdão em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html
70 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., pp. 10-11.
71 - BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Politica do Imperio do Brazil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>, acessado em 03/08/2015.
72 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm
73 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 125.

conferiu-se ao interrogatório o caráter de peça de defesa. Demonstra Haddad que o art. 94 reconhecia a liberdade de declaração do acusado, ao prescrever que "[a] confissão do réo em Juizo competente, sendo livre, coincidindo com as circumstancias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeita-lo á pena imediata, quando não haja outra prova"[74]. Ou seja, a confissão, para ter valor, teria que ser feita livremente, sem a prática da tortura ou da imposição de juramento.

Em 1850, pela primeira vez, facultou-se à parte silenciar diante do risco de prestar depoimento incriminatório. O Regulamento 737[75], daquele ano, disciplinou o depoimento da parte, estabelecendo, no art. 208, §1º, que, para que a parte fosse obrigada a depor, seria essencial que os artigos fossem claros, precisos, não contraditórios, não criminosos, não difamatórios, e nem meramente negativos[76].

É certo que o dever de verdade, no entanto, ainda subsistia, em especial por consagrar-se o princípio da verdade real, ou absoluta, e o modelo inquisitorial do processo penal. A busca pela verdade real prevaleceu até o fim da ditadura militar, compreendida entre 1964 e 1985, período no qual os acusados foram sujeitos a vários métodos de tortura para que tal verdade lhes fosse extraída.

Nada obstante, com o Código de Processo Penal de 1941 (que é o de atual vigência, com várias modificações), já havia, então pela primeira vez, a consagração explícita do direito ao silêncio, no art. 186: "[a]ntes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa"[77].

No entanto, de imediato, se observa uma forte limitação ao exercício do direito ao silêncio, corolário do *nemo tenetur*, vez que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. Se vê que o caráter de peça de defesa que vinha se desenvolvendo como característica do interrogatório não era observado em sua plenitude.

O *status* constitucional do direito ao silêncio apenas foi assegurado em 1988, após a ditadura militar, dispondo, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"[78].

74 - HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2003. p. 93.
75 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm
76 - HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Op. cit., 93.
77 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm
78 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição, demonstra Maria Elizabeth Queijo que o art. 186 do diploma processual restou revogado, haja vista o comando constitucional do dever de advertência de que o acusado detém o direito de permanecer calado. Assim, sendo direito, nenhuma consequência desfavorável ao acusado poderia advir[79].

Com o advento da lei 10.792/2003, procurou-se a adequação do código de processo penal à Constituição de 1988. O art. 186 passou a conter a seguinte redação:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

O art. 185, no mesmo esteio de adequação do diploma processual ao texto Constitucional, por meio da mencionada lei, estabeleceu a obrigatoriedade da presença de defensor no interrogatório judicial.

É de relevo mencionar, outrossim, que a lei 11.689/2008 passou a permitir a realização de julgamento do Tribunal do Júri sem a presença do acusado, o que constitui uma decorrência do *nemo tenetur*[80].

Ada Pellegrini Grinover, que já defendia, antes mesmo de 1988, que do silêncio do acusado não se poderia extrair qualquer ônus para a defesa no processo penal[81], ressalta que, desde a vigência da Constituição de 1988, foi atribuída ao interrogatório a concepção de meio de defesa. Se o acusado não é mais obrigado a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, tornou-se evidente que o interrogatório não seria mais considerado um meio de prova, mas podendo servir como meio de autodefesa[82].

Se nota, por tudo, que a consagração do *nemo tenetur* apenas ocorreu em 1988, com a garantia constitucional do direito, apesar de não ter ocorrido em sua plenitude. Isso porque, mesmo depois de 1988, apesar da defesa doutrinária da revogação do art. 186, do Código de Processo Penal Brasileiro,

79 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 133.
80 - Idem, p. 141.
81 - Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório do réu e o direito ao silêncio**. *In* Ciência Penal, ano 3, vol. 1, pp. 15-31, jan./mar. 1976.
82 - GRINOVER, Ada Pellegrini. **O interrogatório como meio de defesa (Lei n. 10.792/03).** *In* Revista opinião jurídica, ano II, n. 4, pp. 9-21. Fortaleza: Faculdade Christus, 2004. p. 10.

o silêncio do acusado continuou a ser interpretado, em diversas ocasiões, em seu desfavor. Apenas após a alteração do art. 186, em 2003, garantiu-se o efetivo exercício do direito.

Com o passar dos anos, na busca por um verdadeiro direito à não autoincriminação, a interpretação do *nemo tenetur* no direito processual brasileiro tem estendido seu alcance de forma bastante ampla, conferindo ao sujeito um direito quase absoluto, em contraste ao posicionamento de outros ordenamentos, tais como no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e nos Estados Unidos da América.

Há, entretanto, vozes no legislativo e na própria doutrina que buscam adotar os mesmos moldes dos ordenamentos estrangeiros.

8. O CONTRASTE COM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS CONTORNOS DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Nos Estados Unidos, a corrente doutrinária e jurisprudencial dominante adota uma interpretação menos abrangente do *nemo tenetur*, tornando-o limitado à extração coativa de comunicações, interpretação que tem sido utilizada nos Estados Unidos desde 1910[83].

A título de exemplo, temos o caso *Schmerber v. California*, em 1965. O caso tratou-se da extração de sangue e admissão do laudo pericial como prova que infringiria ou não o *privilege against self-incrimination*. Uma amostra de sangue fora extraída do suspeito, sem o seu consentimento, quando ele foi preso por dirigir embriagado. Ele foi condenado e a questão foi levada à corte de apelação, que rejeitou o argumento de violação do direito à não autoincriminação, exatamente por entenderem os juízes que o princípio aplica-se restritamente à proteção do acusado de ser forçado a declarar verbalmente, ou mediante algum comportamento de natureza comunicativa[84].

No âmbito europeu, a jurisprudência do TEDH definiu o *nemo tenetur* como corolário essencial do *fair trial*, por meio de três acórdãos paradigmáticos: *Funke vs. France, Murray vs. The United King e Saunders vs. The United King*, que serão expostos em detalhe posteriormente[85].

O art. 6, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, garante o direito a um processo equitativo (*fair trial*), dessa forma entendendo o TEDH

83 - SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. *In* Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano X. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 376.
84 - EASTON, Susan M. **Bodily samples and the Privilege Against Self-incrimination.** *In* The Criminal Law Review. January 1996. 1-76. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1991. p. 19.
85 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p.142.

que resta implicitamente previsto no artigo o direito à não autoincriminação, até mesmo como a própria essência do *fair trial*[86].

No entanto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem admitido a possibilidade de restrição ao exercício do *nemo tenetur*, quando presentes os requisitos necessários à restrição de direitos fundamentais, bem como após o devido e correto uso da ponderação dos valores, bens e princípios envolvidos, por meio de critérios de proporcionalidade.

No primeiro caso, Jean-Gustave Funke ingressou com um processo contra a França, argumentando que o país violou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao tentar obrigá-lo a entregar provas documentais, em uma tentativa de obrigar a autoincriminação e incorrendo na violação de seu direito ao silêncio (artigo 6 nos 1 e 2). Além disso, aduziu que a busca, em sua casa, foi realizada sem garantias suficientes para impedir a violação do seu direito à privacidade (artigo 8).

Tratava-se de uma investigação preliminar e os tribunais franceses pretendiam, por meio de medidas de coação e multas, obrigar o Sr. Fuke a apresentar às autoridades aduaneiras extratos de contas bancárias no estrangeiro, que, eventualmente, comprovariam a ocorrência de um crime.

Sobre a matéria, demonstra Vânia Costa Ramos[87] que o TEDH deixou claro que, ligado à exigência de um processo equitativo e à garantia de presunção de inocência, está em causa um direito muito mais amplo que o direito ao silêncio. Um direito que não se limita às provas de caráter testemunhal ou pessoal, ou seja, que se limite às comunicações verbais, mas que abrange, também, outras provas, como a prova documental.

Em um primeiro momento, afirma a autora que houve o registro de diversas reações negativas contra o posicionamento do Tribunal, tendo em vista que o TEDH estava interpretando o conteúdo do direito ao silêncio de forma a alterar a concepção tradicional dos ordenamentos nacionais.

O TEDH, no caso, entendeu que as autoridades alfandegárias provocaram a condenação do Sr. Funke com a intenção de obter certos documentos que eles acreditavam existir, apesar de não poderem ter certeza de tal fato. Sendo incapazes ou não querendo ir em busca dos documentos por meio de outros meios, eles tentaram compelir o aplicante a fornecer, ele mesmo, as evidências das ofensas que ele teria alegadamente cometido. Expôs a corte que as particularidades do direito aduaneiro não possuem o condão de justificar a violação do direito de alguém, acusado com uma ofensa criminal, permanecer em silêncio e não contribuir para a autoincriminação[88].

86 - Idem, p. 141.
87 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., pp. 142-143.
88 - Tradução livre do parágrafo 44 do acórdão, disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#{"itemid":["001-57809"]}, acessado em 28/08/2015.

Aqui, se vê que o Tribunal considerou o próprio direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação com uma amplitude maior do que a proteção apenas das declarações verbais ou gestuais, de forma que a obrigação de cooperar, nesse caso, não foi imposta.

Posteriormente, uma visão mais restritiva do *nemo tenetur* é aplicada pelo Tribunal de Estrasburgo.

Trata-se do caso *Saunders vs. United Kingdom*, no qual o Sr. Saunders, em razão de terem sido utilizadas contra si declarações prestadas por ele mesmo em um processo administrativo no qual foi obrigado a falar sob pena do crime de desobediência, como prova em um processo criminal, que resultou em sua condenação a 5 anos de prisão.

O Sr. Saunders alegou que seu direito à não autoincriminação havia sido violado.

O Tribunal, ao tratar da matéria, foi muito mais além do que antes havia ido em seus precedentes. Apesar de reconhecer a previsão implícita do *nemo tenetur* no art. 6º da CEDH, como no próprio âmago da noção de processo equitativo, o TEDH fez uma distinção, para a incidência do direito à não autoincriminação, entre materiais e documentos que têm uma existência independentemente da vontade do acusado, de outras provas, em particular, daquelas que resultem em declarações testemunhos obtidos sob coerção[89].

Assim, o Tribunal consignou que o direito à não auto incriminação não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercitivos, desde que esses dados existam independentemente da vontade do suspeito. Esses dados ou materiais que existem independentemente da vontade, são, dentre outros, documentos, saliva, urina, tecidos corporais, ar dos pulmões, etc.

O caso *Saunders* tem influenciado a concepção restritiva do *nemo tenetur* em alguns ordenamentos jurídicos europeus, a exemplo de Portugal, como no Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n. 155/2007. Essa concepção faz o *nemo tenetur* coincidir o seu alcance praticamente com o direito ao silêncio[90].

No entanto, a extensão do alcance do princípio contra a autoincriminação vai bem mais além que o direito ao silêncio, devendo incidir sempre que alguém é levado a contribuir para a própria autoincriminação, não residindo os critérios de avaliação de sua aplicabilidade apenas na distinção entre conduta ativa e colaboração passiva, ou na distinção entre dados dependentes e não dependentes da vontade do sujeito, como é no caso

89 - MARTINHO, Helena Gaspar**. O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência** – o diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido. In Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 1086-1087.

90 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 32.

Saunders[91].

Outro caso de relevância no TEDH é o precedente *Jalloh v. Germany*[92]. O caso diz respeito a um recurso interposto por Abu Bakah Jalloh, um nacional de Serra Leoa, que nasceu em 1965 e vivia em Colônia (Alemanha).

Em 29 de outubro de 1993, policiais à paisana avistaram o Sr. Jalloh retirando dois pequenos sacos de plástico de sua boca e entregando-os em troca de dinheiro. Considerando que os sacos continham drogas, os policiais o prenderam.

No momento da prisão, o Sr. Jalloh engoliu outra pequena bolsa que ele ainda tinha na boca. Como nenhuma droga fora encontrada com ele, o Promotor competente ordenou que lhe fosse dado um emético (*Brechmittel*) para forçá-lo a regurgitar o saco.

O suspeito foi levado para um hospital em Wuppertal-Elberfeld. Como ele se recusou a tomar a medicação para induzir o vômito, quatro policiais o seguraram, enquanto um médico inseriu um tubo por seu nariz e administrou, à força, uma solução que o fizesse regurgitar. O médico também injetou nele apomorfina, um derivado da morfina. Como resultado, o Sr. Jalloh efetivamente regurgitou um pequeno saco contendo 0,2182 g de cocaína. Pouco tempo depois, ele foi examinado por um médico que o declarou apto para detenção.

Posteriormente, o Sr. Jalloh foi acusado e condenado a um ano de prisão. Após recorrer, inclusive sob o argumento de que a prova havia sido obtida de forma ilícita, o acusado apenas logrou êxito na diminuição da pena, por outros argumentos, tendo a Corte Alemã entendido que não houve ilegalidade no meio de obtenção de prova.

No que trata da autoincriminação, prevista no art. 6º, da CEDH, como já mencionado, o Tribunal observou que a maneira pela qual as provas foram obtidas e a consequente utilização delas prejudicou o direito de não se incriminar.

Entendeu o TEDH que o interesse público em garantir a condenação do Sr. Jalloh não poderia justificar o recurso a uma grave interferência em sua integridade física e mental. Além disso, embora a legislação alemã tenha previsão de meios de obtenção de provas de forma invasiva e dê proteção contra a utilização arbitrária ou abusiva da medida, o acusado, invocando seu direito de permanecer calado, havia se recusado a submeter-se a um exame médico; no entanto, foi submetido ao procedimento, sem antes de um exame completo de sua aptidão física para suportá-lo. Por último, as drogas obtidas

91 - Ibidem.

92 - A íntegra do Acórdão pode ser consultada no sítio eletrônico do TEDH, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Jalloh"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-76307"]}>, acessado em 03/09/2015.

foram a evidência decisiva em sua convicção.

Por tais considerações, o TEDH entendeu que o uso, no julgamento, de provas obtidas pela administração forçada de eméticos, violou o direito à não autoincriminação e, portanto, considerou o julgamento como um todo injusto.

O que se vê é que não basta a devida previsão legislativa para suportar a legalidade da medida, mas, outrossim, se faz necessária a observância, sempre que a medida recair sobre a própria pessoa, da própria dignidade da pessoa humana com todas as usas decorrências, tal como a própria liberdade, a integridade pessoal, o direito à não autoincriminação, que constitui verdadeira barreira à transformação da pessoa em objeto. Da mesma forma, a consecução de finalidades de eficiência processual, tal como a procura da verdade material, não justifica, por si só, a submissão forçada a exames dessa natureza[93].

O que se tem é que, como afirmam Augusto Silva Dias e Vânia Ramos, a superação daquela barreira protetora constituída de um complexo de direitos fundamentais só pode ocorrer se, aliados ao interesse público da investigação criminal e à previsão legal da medida, houver a necessidade concreta de poteção de outros direitos fundamentais[94].

O juiz não pode se esquivar do dever da realização de um juízo de ponderação com base no princípio da proporcionalidade, de forma que "quanto mais relevante são os direitos restringidos, mais relevantes tem que ser os bens e direitos a realizar ou proteger"[95].

Há, portanto, com a devida observância de todos os critérios acima mencionados, a possibilidade de restrição do *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

9. AS RECENTES ALTERAÇÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: O INÍCIO DA RELATIVIZAÇÃO DO *NEMO TENETUR*.

No processo penal brasileiro, não existe qualquer determinação que estabeleça, de forma expressa, o dever de cooperação ou colaboração do acusado ou suspeito. Não existe nada semelhante ao art. 339, do Código de Processo Civil em vigência, que determina que: "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade"[96].

Em determinados ordenamentos jurídicos, há a previsão, seja no código de processo penal, ou em legislação extravagante, que determina a

93 - Ibidem.
94 - Ibidem.
95 - Ibidem.
96 - O novo código de processo civil brasileiro foi promulgado, com vigência após decorrido um ano de sua publicação, o que acontecerá em 15 de março de 2016. O novo CPP, no entanto, repetiu a mesma redação do art. 339 do atual código, em seu art. 378.

colaboração do suspeito ou acusado na produção de provas em determinadas circunstâncias, dentre as quais, a obrigação de sujeição a exames.

Tomemos, por exemplo, o caso do ordenamento jurídico português. Naquele ordenamento, demonstram Silva Dias e Vânia Ramos, que, dentre outras razões, razões respeitantes ao *nemo tenetur,* obriga que, em situações de flagrante delito, a prova que suporta a condenação não consista exclusivamente em uma prestação coativa, de mão própria, do acusado. No entanto, demonstram os autores que não é esta a orientação seguida pela jurisprudência portuguesa, que tem reconhecido a incidência do crime de condução em estado de embriaguez de forma tabelar e baseada somente na prova fornecida pelo acusado[97].

Isso porque existe, em Portugal, habilitação legal e densidade normativa suficiente[98] para a sujeição do suspeito ou acusado a exames, outrossim, há vários precedentes que realizam a metódica de ponderação de valores e princípios conflitantes, reconhecendo a prevalência do interesse da investigação da verdade material e as necessidades de investigação penal[99].

No Brasil, no entanto, diante da ausência de normas específicas sobre o dever de colaboração, o que poderia acarretar em uma injusta limitação da incidência do *nemo tenetur*, tem predominado o entendimento de que o acusado não possui qualquer obrigação de colaboração ativa e a sua recusa de submeter-se à prova não configura crime de desobediência, nem pode ser interpretada em seu desfavor[100].

Determinada parte da doutrina, a exemplo de Luiz Flávio Gomes, acredita que o próprio núcleo do direito à não autoincriminação reside, exatamente, na inatividade daquele sobre quem recai a suspeita da prática de um delito (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros), garantindo a este, dentre outros direitos, o direito de não participar de forma ativa na produção de provas[101].

Renato Brasileiro, por sua vez, defende que, da recusa de sujeição a exames, não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência, pois a conduta tipificada no art. 330, do CPB, é a de "desobedecer ordem legal de funcionário público", contudo, em uma ordem de sujeição a exames trata-se de uma ordem de produção de provas contra si mesmo, sendo, portanto, uma ordem ilegal, restando justificada a conduta daquele que desobedeceu.

97 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 26.
98 - O art. 172º, do CPP Português e o art. 6º, da Lei n. 45/2004, estipulam a obrigatoriedade de sujeição a exames.
99 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., pp. 28-30
100 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 311.
101 - GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação:** significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. *In* Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 635.

Aduz o autor que "o exercício regular de um direito – de não produzir provas contra si – não pode caracterizar crime, nem pode produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em submeter-se à determinada prova é legítima"[102].

Ocorre que, em 2012, com o advento da Lei 12.654/12, o Brasil deu seu primeiro passo na direção da relativização do direito à não autoincriminação, ao realizar alterações na lei que trata da identificação criminal e na lei de execução penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, inclusive com a criação de um banco de dados, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, para armazenamento dos dados obtidos.

Aury Lopes Jr., ao comentar referida lei[103], afirma que esta terminou por acabar com o direito de não produzir provas contra si mesmo. Ressalte-se que, acertadamente, o autor não trata como uma mera restrição, mas do próprio fim do exercício desse direito.

A lei determina que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (sem definir exatamente o que é um "crime de natureza grave contra a pessoa"), ou por qualquer dos crimes previstos na lei de crimes hediondos, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Está prevista na lei, outrossim, a possibilidade da coleta do material genético na própria investigação preliminar, quando no momento da identificação criminal.

O que temos, portanto, é a possibilidade da intervenção corporal, sem o consentimento do imputado, para a obtenção de material genético, tanto para o investigado quanto para o apenado.

Renato Brasileiro, confirmando a corajosa e forte resistência da doutrina brasileira à possibilidade de restrições ao exercício do *nemo tenetur*, aduz que a validade da identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Defende o autor que, em razão do direito à não autoincriminação, o acusado ou suspeito não é obrigado, nem poderá ser, a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, tampouco a tolerar, de forma forçada, que contra si seja realizada uma prova invasiva, não sendo admissível a coleta do material biológico de tal forma.

Acredita, outrossim, que, da mesma forma, o indivíduo não poderá ser obrigado a fornecer as amostras de material biológico, mesmo um fio de

102 - LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., 90.

103 - LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012:** é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *In* Boletim IBCCrim, ano 20, jul/2012, n. 236. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/>, acessado em 28/08/2015.

cabelo, pois trata-se de uma conduta autoincriminadora. Assim, um banco de dados com informações do perfil genético de determinados indivíduos apenas poderia ser estabelecido a partir de amostras que foram descartadas, voluntária ou involuntariamente pelos indivíduos, na cena do crime ou em outros locais[104].

A lei ainda não teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, mas, podemos notar o início de uma mudança no ordenamento brasileiro no que diz respeito à possibilidade de restrições legais ao *nemo tenetur*, ainda que venha a ocorrer a passos lentos e com forte resistência da doutrina nacional.

Na tendência de relativização do direito à não autoincriminação, por parte do legislador, uma mudança no Código de Trânsito Brasileiro também foi realizada, na tentativa de contornar o exercício do *nemo tenetur,* no que diz respeito ao exame do bafômetro.

Entrou em vigor, no dia 12 de dezembro de 2012, a lei n. 12.760/2012, que, dentre outras providências, modificou o art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Originalmente, o art. 306, possuía a seguinte redação: "conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". Em 2008, o artigo foi alterado para o seguinte teor: "conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência". Mais recentemente, por meio da lei em comento, o artigo está em vigor com a redação: "conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência", prevendo a lei as formas de se constatar as condutas previstas.

Antes de qualquer comentário acerca do crime, há de ser ressaltado que a mesma conduta está prevista como uma infração administrativa e, quanto a estas, não há grandes divergências nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em relação ao *nemo tenetur*.

A questão é que, apesar de ser perfeitamente aplicável o direito à não autoincriminação quanto às infrações administrativas, o próprio Código de Trânsito Brasileiro (CTB), prevê, em seu art. 277, §3º, que a recusa do condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, ou que for alvo de fiscalização de trânsito, de submeter-se a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada

104 - LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., pp. 138-139.

pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran), permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, implicará as próprias penalidades previstas pelo cometimento da infração.

Como, nas infrações administrativas, não se aplica a regra probatória que deriva da presunção de inocência, a controvérsia resolve-se com base no ônus da prova. Ou seja, a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório[105].

Quanto ao crime, com a primeira alteração do tipo do art. 306 em comento, criou-se a exigência de determinada concentração de álcool por litro de sangue, o que tornou mais complicada a produção de prova. A partir de então, apenas com um exame de sangue ou com o bafômetro seria possível a constatação da tipicidade da conduta do agente. Acontece que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirmou que, por conta do princípio *nemo tenetur*, o condutor não poderia ser obrigado a soprar o bafômetro ou fornecer uma amostra de sangue.

Para tentar superar o "problema", o legislador resolveu, em 2012, retirar a dosagem etílica do tipo penal, permitindo que a constatação da capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, seja realizada por meio de outros métodos além do bafômetro ou do exame de sangue.

A lei brasileira, agora, prevê que, além da verificação da alteração da capacidade motora ser realizada por meio da análise da concentração de álcool no sangue, ela poderá ser realizada pela verificação de "sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran [..]", podendo tal verificação "ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova"[106].

O que se argumenta é que o *nemo tenetur* havia se tornado uma barreira intransponível, que permitia a prática do crime, estando o agente apenas sujeito à sanção administrativa, o que obrigou o legislador a adaptar a lei para a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Essa tentativa do legislador não possui, em verdade, o condão de obrigar o indivíduo a submeter-se, contra sua vontade, a exames. Mas ressalta a tentativa de se contornar as garantias do *nemo tenetur*, evidenciando a tendência de sua relativização.

Em Portugal, é de se notar que o art. 152º, n. 3, tipifica como crime de desobediência a recusa do condutor, pedestres envolvidos em acidente de trânsito ou pessoa que se propõe a iniciar a condução de veículo a submeter-

105 - LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., pp. 86-87.
106 - Art. 306, do Código Brasileiro de Trânsito.

se ao teste para detecção da presença de álcool no sangue. A matéria já foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional de Portugal, que considerou o dispositivo em conformidade com a Constituição Portuguesa[107].

Por todo o exposto, se nota que o Brasil se demonstra tendencioso a seguir o entendimento europeu sobre a matéria.

10. CONCLUSÃO

O passado nos persegue com um direito processual penal inquisitorial, marcado pelo sangue, justificado pela busca, a qualquer preço, da verdade real.

A ambição da verdade, tida então como função ou finalidade do processo penal, afastou, durante centenas de anos, a possibilidade de o indivíduo poder resistir à pretensão punitiva estatal.

O Brasil precisa se resguardar e defender sua tradição – conquistada à sangue e suor – de respeito aos direitos do acusado. Aqui, não se fala da absoluta relativização do direito à não autoincriminação.

Nada obstante, um ponto de equilíbrio deve ser alcançado para a efetiva realização de observância aos limites da busca pela verdade no processo penal, com uma genuína proteção à dignidade do Acusado ou investigado, sem que se torne a persecução criminal inócua por fundamentar-se em um garantismo hiperbólico monocular. Por tal razão, temos a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais na persecução penal, de forma que determinado princípio, mesmo que possua natureza constitucional, poderá ter seu âmbito de eficácia limitado por outra norma de mesma natureza, devendo ser aplicada a regra do sopesamento dos valores em colisão.

O fato é que o caráter garantístico do *nemo tenetur* no processo penal não deve, ou não deveria, consistir em uma garantia absoluta, existindo, até mesmo, um movimento de mitigação de sua proteção em determinados ordenamentos, como demonstrado.

No Brasil, há o entendimento de que esse direito é quase absoluto. Existe forte resistência da doutrina e da jurisprudência para reconhecer limitações ao direito à não autoincriminação, ainda que venha a existir a densidade normativa necessária.

O que existe é uma forte tendência de se considerar inconstitucional toda e qualquer norma legal que venha a ser aprovada de forma a restringir o exercício do *nemo tenetur.* No entanto, no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos houve, por iniciativa do próprio Tribunal, a limitação da incidência do *nemo tenetur*, em especial nos casos em que o material ou dado exista independentemente da vontade do indivíduo. Entendemos que solução

107 - Acórdão 628/2006, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

semelhante deveria ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro, evitando-se a prevalência absoluta do interesse individual, que pode ocasionar o fracasso da persecução penal.

Por meio de toda a análise histórica dessa garantia, entendemos que, existindo, portanto, previsão legal específica, que respeite os limites impostos pelas garantias e direitos fundamentais, deveria ser admissível, no Brasil, a exigência de sujeição a exames, que não submetam o examinando a tratamento degradante, humilhante ou lesivo, podendo ser colhido o material que existe independentemente da vontade do sujeito, ou cuja produção não lhe cause nenhum dano, ou um dano ínfimo, como a obtenção de tecidos epiteliais por meio de zaragatoa bucal para o exame de DNA, ou o teste de alcoolemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGER, Mark. **American perspectives on self-incrimination and the compelled production of evidence.** *In* The International Journal of Evidence & Proof. Volume 6, number 4, pp. 218-242. Oxford: Vathek Publishing, 2002.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

EASTON, Susan M. **Bodily samples and the Privilege Against Self-incrimination.** *In* The Criminal Law Review. January 1996. 1-76. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1991.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 6. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. In Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2003.

HELMHOLZ, R. H. *et al*. **The privilege against self-incrimination: its origins and development.** Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

LEVINE, Samuel J. **An introduction to self-incrimination in Jewish law, with application to the American legal system:** a psychological and

philosophical analysis. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, n. 28, 2006.

LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination.** Chicago: Ivan R. Dee, 1999. Reimpressão da 1ª edição de 1968.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2.ed. ra. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012:** é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *In* Boletim IBCCrim, ano 20, jul/2012, n. 236. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/>, acessado em 28/08/2015.

MARTINEZ-TORRON, Javier**. Derecho anglo-americano y derecho canónico**: las raíces canónicas de la common law. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

MARTINHO, Helena Gaspar. **O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência – o diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido.** *In* Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal.** 3. ed. Trad. Alberdo Antonio Soares. Anotado por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Vânia Costa. ***Corpus Juris 2000* - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e o *nemo tenetur se ipsum accusare*.** *In* Revista do Ministério Público, ano 27, Out-Dez 2006, n. 108. Lisboa: Sindicato dos magistrados do Ministério Público, 2006.

SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. *In* Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano X. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

STEMBERGER, Günter. **Introduction to the Talmud and Midrash.** Trad. Markus Bockmuehl. 2. ed. Glasgow: Bell & Bain Ltd, 1996.

THOT, Ladislao. **Historia de las antiguas instituciones de derecho penal.** Buenos Aires: L. J. Rosso, 1927.

WEAVER, Russel L; LIVELY, Donald E. **Understanding The first amendment**. 4. ed. Danvers: Lexis Nexis, 2012.

WIGMORE, John H. **The privilege against self-incrimination**: its history. In Harvard Law Review, vol. 15, Abril 1902, n. 8. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1902. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1322647>, acessado em 15/07/2015.

HERANÇA DIGITAL: VALOR PATRIMONIAL E SUCESSÃO DE BENS ARMAZENADOS VIRTUALMENTE

Digital inheritance: value and succession of virtual assets

Marco Aurélio de Farias Costa Filho
Bacharel em Direito Pela Universidade Federal de Pernambuco
Autor do livro "Patrimônio Digital: Reconhecimento e Herança",
Ed. Nossa Livraria.

RESUMO: Enquanto a transmissão patrimonial após a morte é um fenômeno milenar, apenas recentemente a herança digital passou a ser objeto do direito das sucessões, sendo ainda controversa até mesmo a caracterização de bens armazenados virtualmente como patrimônio. Dada a crescente relevância da matéria, ainda não explorada pela doutrina pátria, aborda-se a viabilidade jurídica de reconhecer bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e transmiti-los após a morte.

Palavras-Chave: Bens armazenados virtualmente. Patrimônio. Herança.

ABSTRACT: While the passing of assets upon the death of an individual is an age-old phenomenon, only recently digital inheritance has become object of the law of succession. It is still controversial even the characterization of virtual assets as part of an estate. Given the growing importance of the subject, not yet explored by homeland doctrine, we discuss here the legal feasibility of recognizing virtual assets as part of an estate and passing them after death.

Keywords: Virtual Assets. Estate. Inheritance.

INTRODUÇÃO

Uma grande parte dos bens deixados pelas próximas gerações não será tangível. Enquanto discos de vinil, CDs, DVDs, álbuns de fotos e livros foram passados pelas gerações anteriores aos seus herdeiros, o mesmo tipo de conteúdo já não precisa estar associado a qualquer mídia física e pode ser deixado pelas gerações seguintes em formato exclusivamente digital.

Os novos hábitos de consumo e as recentes inovações tecnológicas mudaram dramaticamente a forma como nos relacionamos e registramos nossas vidas. Serviços de armazenamento de dados, e-mails e redes sociais já fazem parte do nosso dia a dia e podem conter dados valiosos do titular da conta.

Tecnologias recentes permitiram a acumulação de verdadeiras fortunas armazenadas virtualmente, nos mais variados formatos. Entretanto, enquanto a transmissão patrimonial após a morte é um fenômeno milenar, a herança digital apenas recentemente passou a ser considerada como objeto do direito das sucessões, ainda deixando dúvidas sobre a possível caracterização de tais bens como patrimônio.

Tendo em vista que as normas jurídicas nem sempre são capazes de acompanhar mudanças sociais tão significativas e céleres, o presente artigo propõe-se a analisar a possibilidade jurídica de reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses após a morte.

Analisaremos ainda questões incidentais que surgem ao lidar com o tema. Em que medida o direito dos herdeiros pode entrar em conflito com a privacidade do falecido, como a atual legislação regula a matéria, projetos de leis em trâmite que poderão trazer grandes mudanças e as diferenças fundamentais entre o conteúdo veiculado através de mídias físicas e aquele licenciado através de contratos de adesão.

E-mails armazenados virtualmente deixados pelo falecido seriam diferentes de cartas guardadas na gaveta? Bens de existência exclusivamente virtual podem ter efetivo valor patrimonial? Quais os óbices à transmissão do acervo digital acumulado durante uma vida inteira? Esses são apenas alguns dos questionamentos que aqui tentaremos esclarecer.

Apresentaremos ainda os princípios e normas referentes a contratos de adesão, dada a especial relevância da lei contratual em ambientes de escassa legislação regulatória. E, ao final, exploraremos os principais óbices à transmissão do acervo digital, utilizando como exemplos algumas das formas mais comuns de bens armazenados virtualmente.

Ao observarmos os reflexos das recentes transformações comportamentais e culturais impulsionadas pela tecnologia, torna-se evidente que a maneira como preservamos a memória de entes queridos e as possibilidades do que podemos deixar aos nossos futuros herdeiros também passam por significativas mudanças. Sem pretensão de esgotar o tema, visamos aqui contribuir para o entendimento acadêmico do atual estado legal dos bens armazenados virtualmente, além de seus efeitos patrimoniais e sucessórios.

1 PATRIMÔNIO DIGITAL

1.1 Herança e valor patrimonial

A herança é conceituada de várias maneiras pela doutrina. Clóvis Beviláqua a descreve como "*transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva, em virtude da lei ou da vontade do transmissor*"[1]. Maria Helena Diniz assim a define: "*o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de cujus*"[2]. Já Rubens Limongi França refere-se ao tema utilizando a expressão "direito das heranças", definindo-a como a "*sucessão na universalidade dos direitos que possuía o defunto*"[3]. Mas, por mais variadas as maneiras de abordar o tema, os conceitos oferecidos pela doutrina não apresentam qualquer empecilho à inclusão do "acervo digital" (termo aqui utilizado para referir-se ao conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente ou virtuais) ao tratar-se de herança, pois o próprio ordenamento jurídico não prevê esse tipo de restrição e expressa ideia abrangente de patrimônio.

Pode-se dizer que, não obstante a ausência de legislação específica, os princípios e instrumentos hermenêuticos já consagrados pelo nosso ordenamento jurídico possibilitam lidar com a herança digital. O Direito Digital é caracterizado pela aplicação de interpretação extensiva, pelo uso da analogia e por sua base legal na prática costumeira, uma vez que a produção legislativa nem sempre é capaz de acompanhar as constantes mudanças tecnológicas. Consequentemente, ao tratar-se da matéria, optar por uma interpretação restritiva do Código Civil seria deixar a sociedade desprotegida em face de uma nova realidade.

Desse modo, sendo a herança o patrimônio transmitido aos herdeiros e considerando a ideia expressa pelo código de 2002 de que o patrimônio

1 - BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 2.
2 - DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 6 - direito das sucessões, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.
3 - FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. São Paulo: RT, 1973. v. 2. p. 5.

inclui o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico de uma determinada pessoa, percebe-se que arquivos digitais dotados de tal valor (sites, músicas, filmes, livros, bens virtuais e etc.) devem fazer parte da partilha. A crescente relevância de bens digitais já possibilita a interferência desses na parcela legítima reservada aos herdeiros necessários.

O potencial econômico do acervo digital é inegável. Em pesquisa realizada a pedido da empresa de segurança informática McAfee, a MSI Internacional entrevistou 323 consumidores brasileiros sobre o valor financeiro que atribuem aos seus ativos digitais. Foram avaliados downloads de música, memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais (e-mails ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de e- mail), passatempos e projetos de criação. Disso constatou-se que:

> O valor total atribuído pelos brasileiros entrevistados aos arquivos digitais é R$ 238.826,00. Os entrevistados indicam que 38% dos seus arquivos digitais são insubstituíveis, o que significa que o valor do seu patrimônio insubstituível é R$ 90.754,00.[4]

Sobre a matéria, afirmou Sérgio Oliveira, diretor regional da área de consumidores para a América Latina da McAfee:

> A maioria dos consumidores nem sonharia em deixar uma pilha de fotos de seus filhos, extratos bancários, senhas de Internet e outras informações pessoais disponíveis ou facilmente acessíveis para que estranhos pudessem se apossar desses dados.[5]

Do ponto de vista normativo, aponta Carlos Alberto Rohrmann que "*Uma importante inovação do Código Civil foi estender o conceito de bem móvel às 'energias que tenham valor econômico'. É inegável que os arquivos digitais de computador são 'energia armazenada'[...]*"[6], referindo-se ao art. 83, inc I. do Código Civil. Assim, tendo arquivos digitais como energia armazenada, é possível considerar o acervo digital como um conjunto de bens móveis para efeitos legais.

> Art.82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação

4 - Informação retirada do site <http://web.archive.org/web/20121107035938/http://info.abril.com.br/ftp/Pesquisa-McAfee.pdf>. Acesso em 07/07/16.
5 - Informação retirada do site http://olhardigital.uol.com.br/noticia/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-%20em-r-238-mil,-diz-estudo/29129>. Acesso em 07/07/16.
6 - ROHRMANN, Carlos Alberto. Curso de direito virtual; Belo Horizonte: editora del Rey, 2005. p.195.

> econômica social.
> Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
> I-as energias que tenham valor econômico.[...]

Ainda sobre documentos eletrônicos como energias de valor econômico e, portanto, bens móveis, resume o especialista em Direito Notarial Paulo Roberto Gaiger Ferreira no relatório do Brasil "O Notário e a Contratação Eletrônica" apresentado no XXIV Congresso Internacional do Notariado Latino:

> O documento eletrônico, seja uma seqüência de bits representativa de um texto acadêmico ou de uma ordem de compra de milhões de reais, é considerado um bem móvel. O novo Código, em conformidade com a lei especial, dispõe, no artigo 83, inciso I, que as energias que tenham valor econômico são bens móveis para os efeitos legais. O critério de valor aplica- se também a bens gratuitos, mas cuja proteção pode ser aferida economicamente.[7]

Da aceitação dessas premissas decorre a inclusão de textos, fotos, arquivos de áudio e tudo mais que pode ser armazenado virtualmente no patrimônio acumulado de cada indivíduo, sejam esses bens guardados no próprio hardware do usuário ou através de provedores adequados.

Mesmo que se adote uma posição menos abrangente de que arquivos sem valor econômico, como fotos e vídeos de valor exclusivamente afetivo, não fazem parte do patrimônio e, portanto, são excluídos da partilha, não haveria óbice legal ao acesso pelos herdeiros a esse conteúdo em casos que assim seja determinado pelo de cujus em disposição de última vontade ou através de ordem judicial, entre outros, como veremos.

Estabelecido o valor patrimonial do acervo digital, resta saber se há empecilhos a sua efetiva transferência através de herança ou legado, objeto do presente trabalho. Devido à falta de regulação, essa questão ainda encontra-se sujeita a significativa insegurança jurídica.

1.2 Bens armazenados virtualmente e legislação brasileira

Diante da ausência de qualquer disposição que trate especificamente dos bens armazenados virtualmente no Código Civil, a transmissão desses bens através de herança decorre de interpretação extensiva e sistemática. Assim, como acontece com bens tangíveis e demais formas incontroversas

7 - Informação retirada do site <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MzQ0MA=&filtro=9&D%20ata=#_edn14>. Acesso em 07/07/16.

de patrimônio, os direitos sobre bens armazenados virtualmente advindos da sucessão ficam, em regra, com os familiares mais próximos do falecido, como filhos (descendentes), pais (ascendentes) ou cônjuge, segundo ordem prevista pelo Código, ou com os legatários, através de testamento. Conforme preleciona o artigo 1.784: "*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*"

Bens armazenados virtualmente em hard drives de propriedade do de cujus serão facilmente transferíveis, já que acompanham a mídia tangível que o contém, ou seja, o hardware herdado. Nesse sentido, fotos ou textos armazenados em pastas virtuais no computador pessoal não são tão diferentes de álbuns de fotos, cadernos ou seus demais equivalentes corpóreos que podem ser guardados no armário de casa.

Entretanto, parte crescente do patrimônio digital, especialmente com a tendência da computação em nuvem, é composta por arquivos adquiridos ou armazenados através de variados tipos de serviços online, cujas regras de acesso e transferência acabam ditadas pelos provedores. E, na falta de legislação sobre o assunto, arquivos armazenados virtualmente em contas de e-mail ou redes sociais têm sua transmissão regida exclusivamente por termos de serviço.

Dois projetos de lei buscaram regular a matéria: O PL4099/2012 e seu ex-apenso, o PL 4847/2012. Este último acrescenta o Capítulo II-A e os arts.1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os quais apresentariam a seguinte redação:

> Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:
> I senhas;
> II redes sociais;
> III contas da Internet;
> IV qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.
> Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.
> Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:
> I - definir o destino das contas do falecido;
> a)transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;
> b)apagar todos os dados do usuário ou;
> c)remover a conta do antigo usuário.

O Deputado Federal Marçal Filho, autor do projeto de lei, assim o justifica:

> Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, consequentemente, da chamada "herança digital".
> O Caderno TEC da Folha de S.Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua "herança digital" e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e e-mails.
> No Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido. Mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. Quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram.[8]

Já o PL 4099/2012, atualmente aguardando apreciação pelo Senado Federal[9], visa garantir aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos e arquivos digitais, através da modificação do art. 1.788 do código civil para que bens digitais, assim como o acesso ao conteúdo armazenado em contas de e-mails e redes sociais titularizadas pelo de cujus, sejam incluídos na sucessão. O artigo passaria a ter a seguinte redação:

> Art. 1.788. [...]
> Parágrafo único. **Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.**"
> [10] (grifo nosso)

Como justificativa do projeto de lei, seu autor, o Deputado Federal Jorginho de Mello, cita a disparidade de decisões judiciais sobre o assunto, em vista da falta de regulamentação. Famílias de pessoas falecidas, ao pleitear acesso a arquivos ou contas armazenadas na internet, estariam sujeitas a grande

8 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012>. Acesso em 07/07/16.
9 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678> . Acesso em 07/07/2016.
10 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012> Acesso em 07/07/16.

insegurança jurídica, constatando-se a disparidade de decisões proferidas pelo judiciário.

> O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais.[11]

Ressalta-se que, apesar da completa ausência de legislação em vigor tratando especificamente da matéria, o chamado "marco civil da internet", Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, trata da internet como um todo, estabelecendo sólida base principiológica para lidar com certas indagações provenientes da herança digital. Os artigos seguintes são especialmente relevantes para a questão, pois reiteram a garantia de privacidade de todos os usuários:

> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
> II - proteção da privacidade;
> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;[...]
> Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.
> 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;
> II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;[...] X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;[...]
> Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput[...]
> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de

11 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em 07/07/16.

> 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.

A lei consolida a privacidade dos dados armazenados, fortalecendo a corrente jurisprudencial que não concede aos herdeiros acesso ao acervo digital deixado, no caso de não haver disposição de última vontade do de cujus nesse sentido. Trata-se de corrente que privilegia a inviolabilidade e sigilo das informações em prejuízo do direito dos herdeiros, fundamentando-se não só no recente marco civil da internet, mas também na garantia constitucional referente à intimidade e vida privada (art. 5, inc. X, da CF). Nota-se, por outro lado, que a aprovação do PL 4099/2012 iria de encontro a tal corrente, visto que estenderia o direito de saisine à totalidade do acervo digital, independentemente de manifestação do autor da herança.

Como ainda será exposto, diversos dispositivos presentes em termos de serviço proíbem a transmissão do conteúdo armazenado virtualmente após a morte do titular (outra tendência em clara oposição ao proposto pelo referido projeto de lei). Os componentes do acervo digital analisados no presente trabalho (músicas, livros, e- mails, perfis em redes sociais ou jogos on-line, entre outros) são, em regra, regidos por contratos de adesão que podem limitar as possibilidades de transferência de conteúdo ou conta. Seguem breves esclarecimentos sobre esta forma de contrato.

2. Contratos eletrônicos, de consumo e de adesão.

2.1 Contratos eletrônicos

Numa variedade de serviços de armazenamento “em nuvem”, redes sociais e mundos virtuais, a relação entre usuários e provedores é, em regra, governada pelos termos de serviço, contratos tipicamente apresentados no formato “click to agree”. Trata-se de contratos de adesão estabelecendo provisões sobre uma série de quesitos como: direitos de propriedade intelectual, direitos de propriedade sobre conteúdo, privacidade, normas comportamentais, transferência ou exclusão de contas, proibições ou regulamentos referentes a RMT(Real Money Trade), além de declarações que visam limitar a responsabilidade dos próprios provedores.

Há clara tendência no estabelecimento desses termos de minimizar as obrigações e preservar os direitos do provedor em detrimento do usuário. A transferência de contas, ou do conteúdo delas, costuma ser restringida,

dependendo do provedor e tipo de serviço oferecido (rede social, MMO, e-mail, entre outros). Alguns permitem transferências através de taxas, outros apenas as permitem no caso de morte e muitos não as permitem em hipótese alguma.

A possível caracterização dos termos de serviço, condições de uso e licenças empregados nos mundos virtuais, serviços de armazenamento ou lojas virtuais, não só como contratos de adesão, mas como contratos de consumo, é de especial relevância para a preservação dos direitos do usuário, pois, como afirma Paulo Lobo:

> Aplica-se aos contratos eletrônicos o sistema legal de proteção do consumidor, notadamente quanto à proteção contra práticas abusivas e ao acesso prévio às condições gerais do contrato. A responsabilidade contratual é inescusável por parte da empresa utente do sistema, pois integra os meios admissíveis da ofer- ta ao público. No direito brasileiro, a oferta vincula desde o momento em que é veiculada, máxime nas relações de consumo,[...][12]

Exemplo dos dispositivos veiculados por esses instrumentos são as cláusulas de eleição de fórum e de lei. Provisões referentes a "choice of law" e "choice of fórum" comumente selecionam a lei da sede da empresa provedora do serviço para reger o contrato, além do fórum mais conveniente para o provedor. No entanto, como estabelece a resolução nº 39/248 da ONU, de 9 de abril de 1985, é dever de todos os Estados membros a proteção ao consumidor. Embora a própria legislação brasileira (artigo 435 do Código Civil e artigo 9º, §2, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro[13]) estabeleça que o lugar do contrato é o da oferta ou proposta, nos contratos de consumo (incluindo contratos eletrônicos internacionais) considera-se o lugar que melhor beneficie o consumidor. Caso contrário, haveria clara ofensa ao princípio constitucional de defesa do consumidor, tornando inviável o acesso à justiça pela parte com menor poder de barganha. Inclusive, quanto às provisões de eleição de fórum, o STJ já decidiu que a constatação de tais cláusulas não é óbice a proposta de ação no Brasil, havendo competência concorrente, considerando a ausência de regulação da jurisdição do ciberespaço.[14]

Não obstante apresentem forma peculiar devida ao meio utilizado para efetivar-se oferta ou aceitação, contratos eletrônicos não são espécies

12 - LOBO, Paulo. Contratos. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 35

13 - Artigo 435 do Código Civil: "Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto." Artigo 9º, §2, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: "A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

14 - Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial 1.168.547-RJ, julgado em 11/05/2010, unânime, DJ 07/02/2010.

distintas de contratos. São, na verdade, uma maneira dos contratos em espécie manifestarem-se. Apesar de serem comumente associados a contratos de adesão, já que o meio eletrônico favorece a proliferação de relações de consumo através de contratos "click to agree", também possibilitam as condutas negociais típicas de partes tidas pela lei como de igual poder de barganha. Assim, contratos eletrônicos não configuram necessariamente relações de consumo, mas, caso apresentem os elementos essenciais dessa relação, serão regidos pelas mesmas leis consumeristas.

2.2 Condições gerais dos contratos

O meio eletrônico permite que atividades econômicas se relacionem com uma pluralidade de destinatários, sendo conveniente, ou até necessário, o uso de condições gerais como instrumentos negociais. Nesses casos, a regulação contratual é predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre predisponente e o respectivo aderente[15].

As condições gerais não se confundem com o negócio jurídico bilateral que integram (os contratos de adesão), inclusive elas os antecedem. O próprio termo utilizado para referir-se ao instrumento expressa essa ideia. São "condições", e não cláusulas, pois não surgem de relações intersubjetivas. Cláusulas supõem um contrato, não podendo antecedê-lo. O termo "gerais", por outro lado, é entendido como constância e uniformidade, já que a generalidade permanece ainda que as condições gerais sejam integradas a um contrato individual assumindo forma de cláusula, podendo coexistir com aquelas que foram livremente negociadas. Além disso, elas vinculam juridicamente o predisponente ou utilizador a partir do momento em que são utilizadas, aproximando-se do negócio jurídico unilateral.

Sobre a regulação pátria do instrumento, somente com o Código de Defesa do consumidor, em 1990, houve sua disciplina, conquanto de modo implícito. Elas são abrangidas pelo Capítulo VI, "Da Proteção Contratual", acerca dos contratos de adesão e as cláusulas abusivas. E, em 2002, o novo Código Civil, aplicado residualmente aos contratos de adesão e condições gerais que não sejam celebrados entre fornecedor e consumidor, dedicou dois artigos ao contrato de adesão.

O fato de matéria tão complexa ter sido escassamente regulada, recebendo a atenção de apenas dois artigos do código civil (423 e 424)[16],

15 - LOBO, Paulo. op. cit., p. 122

16 - Artigo 423 do Código Civil: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

foi largamente criticado. Outros países dedicaram leis especiais minuciosas sobre a matéria, constatando a necessidade de regras claras e específicas para reger relações jurídicas desiguais. Essa tendência pode ser exemplificada pela Alemanha, que optou por lei especial em 1976, incorporadas ao seu código civil; Portugal com a lei das cláusulas contratuais gerais de 1985; e as Diretivas Europeias que promoveram mudanças significativas em vários ordenamentos jurídicos nacionais. Sobre a economia do tratamento conferido pelo atual código civil pátrio, Miguel Reale, coordenador da comissão elaboradora do projeto, cuja tramitação durou 3 décadas, defendeu a suficiência das duas regras genéricas afirmando: "*exemplo típico de um modelo jurídico de caráter aberto que proporciona ao juiz a possibilidade de encontrar equidade*."[17]

As condições gerais não são exclusivas das relações consumeristas. Contratos de franquia, por exemplo, são submetidos a elas, ainda que o franqueado não seja en- quadrado como consumidor. O Franqueador predispõe condições gerais a todos os franqueados que se tornam aderentes. Logo, não seria possível a completa regulação do instituto pelo código do consumidor. E, não sendo objeto de lei própria, sua regulação autônoma fica limitada aos dois artigos previstos no código civil.

Aliás, o próprio CDC incorre em imprecisões. Ao definir o contrato de adesão como:

> [...] aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.[...][18]

Ele refere-se, na verdade, às condições gerais. Somente essas poderão ser objeto de predisposição unilateral e previamente aprovadas por autoridade competente. As cláusulas não passam pelo mesmo escrutínio, podendo ser, inclusive, negociadas livremente pelas partes.

As condições gerais são predispostas em abstrato. A existência e validade jurídica delas são anteriores à existência do contrato individual (contrato de adesão) que as integra possibilitando-lhes eficácia. Não há oferta nem aceitação, mas predisposição e potencial conhecimento pelos destinatários. A partir da divulgação pelo predisponente, elas passam a existir juridicamente, estando sujeitas a controle preventivo judicial, principalmente mediante ação civil pública. A validade estará assegurada se não implicarem renúncia a direito ou violação da função social do contrato ou da boa-fé, nem forem consideradas abusivas. E tornar-se-ão eficazes após a conclusão

17 - REALE, Miguel apud LOBO, Paulo. op. cit., p. 126
18 - Artigo 54 da Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

do contrato de adesão que as integrou, desde que presentes os requisitos de adequação, suficiência e veracidade no cumprimento do dever de informar atribuído ao predisponente.

Sobre os requisitos de eficácia, vale ressaltar a importância do dever de informar. Cabe ao predisponente, levando em conta o aderente médio usuário ou adquirente, fornecer as condições de conhecimento e compreensão das condições gerais que integrarão o contrato de adesão. Trata-se da garantia de cognoscibilidade. Esta, no entanto, é objetiva. Registra-se apenas se, em circunstâncias normais, o aderente típico seria capaz de conhecer e entender, sendo irrelevante o efetivo conhecimento e compreensão para a aceitação.

Dessa maneira, ainda que o aderente declare expressamente conhecer e entender as condições gerais integradas pelo contrato de adesão, não há óbice a posterior pleito judicial pela ineficácia decorrente do não cumprimento do dever de informar. Em outras palavras, não obstante haja manifesta aceitação, o direito do aderente à cognoscibilidade restará violado se as informações forem fornecidas de modo inadequado, insuficiente ou inverídico pelo predisponente.

2.3 Contratos de adesão e de consumo

Os contratos de adesão são o instrumento através do qual as condições gerais se manifestam. Embora fortemente relacionados, estes institutos não se confundem, exibindo relação de continente e conteúdo. Além disso, os contratos de adesão sempre apresentarão espaço para a negociação entre as partes, ainda que limitado à determinação de dados pessoais, identificação do objeto ou preço. O conteúdo deles não é, portanto, exclusivamente predisposto por apenas uma das partes.

Entretanto, enquanto as condições gerais são predispostas anteriormente à existência do contrato de adesão, este só passa a existir a partir de declaração comum de ambas as partes. Então, como falar de contratante aderente (termo utilizado para referir-se à parte que não predispõe as condições gerais), se aderir implica a preexistência do ato ou negócio jurídico?

Não há adesão ao contrato pela parte com menor poder de barganha, pois este seria inexistente até o momento de aceitação. Não se pode falar ainda de adesão às cláusulas gerais, já que estas são aplicadas independentemente de consentimento. Logo, ocorre, na verdade, a adesão do contrato individual às condições gerais já predispostas, formando-se o contrato de adesão.

Trata-se, portanto, de contrato que, ao ser concluído, adere às condições gerais, predispostas por uma das partes, que passarão a produzir efeitos, ainda que não haja aceitação delas pela outra. O termo "contratante aderente",

largamente utilizado pela doutrina e jurisprudência, refere-se, de fato, ao usuário ou adquirente dos produtos ou serviços providos pelo predisponente. Ou seja, a parte juridicamente vulnerável devido a sua submissão a condições gerais, sem poder discuti-las.

A lei reconhece a posição de vulnerabilidade jurídica de consumidores e aderentes, considerando a disparidade de poder negocial e domínio de informações, conferindo-lhes a proteção adequada. Não há de se falar aqui de hipossuficiência econômica, sendo irrelevante o poder econômico entre consumidor e fornecedor ou predisponente e aderente. Trata-se, na verdade, de presunção legal absoluta, não se admitindo prova do contrário, que determinadas posições contratuais são merecedoras de proteção legal, constatado o desequilíbrio inerente associado ao tipo de relação negocial. Além de restringir os tipos de cláusulas que poderão integrar o contrato, sob pena de nulidade, a proteção legal das partes juridicamente vulneráveis também inclui normas sobre a interpretação daquelas plenamente válidas já integradas a ele. Exemplos claros disso estão dispostos no artigo 423 do Código Civil[19], que prevê a interpretação em benefício do aderente no caso de ambiguidade ou contradição, e no artigo 47 do CDC[20], que determina a interpretação em favor do consumidor de modo incondicional.

Interpretar contratos de adesão da mesma maneira que contratos paritários resultaria na efetivação exclusiva da vontade do predisponente, em vez da vontade comum das partes, já que apenas esse participou da elaboração das condições gerais.

Lembrando que todo contrato integrante de atividade econômica estará sujeito aos princípios estabelecidos no art. 170 da CF (que inclui, em seu inciso V, a defesa do consumidor), ressalta-se, por fim, o art. 6, inc.V, do CDC, referente a revisão contratual. O dispositivo garante o equilíbrio contratual desde o início da relação, permitindo ao consumidor modificar cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, e a manutenção desse equilíbrio no decorrer do cumprimento, ao prever a revisão contratual no caso de fato superveniente que torne o contrato excessivamente oneroso.

2.4 Cláusulas abusivas

São aquelas que, verificadas em contratos de consumo ou adesão, provocam desequilíbrio contratual desarrazoado em benefício da parte de poder negocial dominante (predisponente ou fornecedor).

19 - Artigo 423 do Código Civil: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

20 - Artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."

Ressalta-se que dessa definição infere-se que as mesmas cláusulas consideradas abusivas nas relações consumeristas ou envolvendo contratos de adesão poderão ser válidas em contratos de livre negociação nos quais não haja disparidade de poder de barganha merecedora de proteção legal. Porém, tendo "cláusulas abusivas" em sentido amplo, nas relações regidas pelo Código Civil também existe base para a invalidação das cláusulas consideradas abusivas sob o fundamento de abuso de direito, positivado expressamente na legislação civil, caracterizado quando uma das partes abusa da sua posição contratual, ferindo a boa-fé e a função social do contrato. Ou seja, a abusividade, e consequente nulidade, ainda poderá ser verificada nos contratos individuais, ainda que não seja especificamente presumida pela lei, caso haja ofensa de regras ou princípios dispostos no diploma civil, especialmente o da boa fé, pois:

> Enquanto no direito civil comum, o desrespeito dos limites impostos pelos fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, implica na ca- racterização da conduta abusiva, no direito do consumidor esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor.[21]

As cláusulas abusivas são previstas não só pelo Código do Consumidor, mas também pelo Código Civil. Enquanto esse dispõe um modelo aberto, sendo aplicável o disposto aos contratos em geral e, especificamente, o art. 424 sobre contratos de adesão, aquele estabelece extenso rol exemplificativo, permitindo ainda ao julgador analisar o caso concreto e verificar se determinada cláusula não especificada no art. 51 do CDC pode ser considerada abusiva. Porém, ambos os diplomas conferem nulidade às cláusulas abusivas.

A declaração de nulidade opera-se ex tunc. Ou seja, a cláusula abusiva jamais integra o contrato ou produz qualquer efeito jurídico, sendo absolutamente inválida. O Superior Tribunal de Justiça admite, inclusive, a discussão judicial da legalidade de condições gerais e cláusulas contratuais que já tenham sido cumpridas (como estabelecido no REsp 293.778)[22]. Contudo, não invalida-se o inteiro teor do contrato, fazendo-se valer do princípio da conservação do negócio jurídico adotado pelo direito brasileiro, sendo possível até mesmo invalidar cláusulas apenas parcialmente, mantendo-se conteúdo inofensivo ao equilíbrio contratual.

21 - MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. IN: Revista do Direito do Consumidor. nº 72, outubro-dezembro. São Paulo: RT, 2009. p. 46

22 - STJ - REsp: 293778 RS 2000/0135342-0, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 29/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 474 RDR vol. 22 p. 357

As cláusulas abusivas são matéria de ordem pública, pois o interesse lesado pertence a uma coletividade de sujeitos potencialmente atingidos. Como já afirmado, a presunção de vulnerabilidade é absoluta, não se admite prova do contrário, e refere-se a uma pluralidade de destinatários economicamente heterogêneos, desprovidos de poder negocial. Logo, o Ministério Público, associações cíveis e entidades estatais, além daqueles individualmente lesados através de ação individual, poderão suscitar a nulidade delas mediante ação civil pública.

2.5 Dever de informar

Feitas as devidas observações, resta destacar algumas particularidades sobre o dever de informar. Segundo Fábio Konder Comparato:

> [...] a preocupação de defesa do consumidor conduziu, igualmente, a um alargamento da noção de compra e venda privada, no quadro mais realista de uma economia de empresa. Passou-se, assim, a entender que os processos de publicidade comercial, pela sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por conseguinte, merecer uma disciplina de ordem pública análoga à das estipulações contratuais.[23]

Consagra esse tipo de disciplina o CDC, em seu art. 30, ao estabelecer, in verbis:

> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ou seja, "*Toda informação que o contratante fornecedor utiliza, inclusive a publicidade, integra a oferta e o vincula, ainda que ele não tenha tal intenção.*"[24]

Qualquer tipo de informação promovida e levada ao conhecimento do consumidor haverá de ser devidamente cumprida conforme ofertada. Isso se deve ao respeito à relação pré-contratual estabelecida. Prevê ainda o artigo 48 do CDC:

23 - COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do Direito econômico, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, 1974, vol. 15/16. p.7
24 - LOBO, Paulo. op. cit., p.190

> As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré- contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Destarte, ao criar expectativa legitima, fica vinculado o fornecedor ao que pactuou com o consumidor, podendo ser coercitivo o cumprimento, conforme artigo 84. Ainda é possibilitado ao consumidor, conforme artigo 35 do mesmo diploma[25], no caso de recusa do prestador de serviço de cumprir a oferta amplamente divulgada, optar entre: cumprimento forçado da obrigação, nos termos apresentados; aceitar outro produto ou serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito a restituição da quantia paga.

Em suma, a responsabilidade do fornecedor é anterior ao contrato, iniciando- se na fase negocial, decorrendo da expectativa criada pelas informações veiculadas. Tal responsabilidade, aliás, perdura até a fase pós-contratual, na qual deveres anexos ao contrato continuam vigentes após concluídas as negociações.

Pode o fornecedor, aproveitando-se da desinformação do consumidor médio e valendo-se de má-fé, ocultar quaisquer ônus ou desvantagens decorrentes de seu produto da oferta veiculada. No entanto, obrigações das quais o consumidor não teve oportunidade de tomar conhecimento ou a ausência de vantagens ou possibilidades expressas numa oferta capaz de criar legitima expectativa nos consumidores poderão ser revertidas com base legal no art. 46 do CDC, in verbis:

> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior:

> Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e

25 - 26 Artigo. 35 do Código de Defesa do Consumidor: "Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

> finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, §4.º, CDC). [26]

No Diploma Consumerista a transparência é prevista como princípio no art. 4º, caput, assim como a educação e informação no art.4º, inc IV. O direito à informação é estabelecido no art. 6º, III e reiterado no art. 46, além do direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas no art. 6.º, IV. E, confere-se ainda ao fornecedor o dever de informar de forma correta, clara, precisa e ostensiva, como dispõe o art. 31º. Assim, há sólida base normativa atribuindo à parte de maior poder de barganha a ampla, compreensível e adequada divulgação de qualquer aspecto relevante à relação contratual, especialmente das cláusulas onerosas ao consumidor, sob pena de desobrigar esse último de cumprir o contrato.

Enquanto doutrinadores como Paulo Luiz Netto entendem que essa hipótese legal rouba o contrato de sua eficácia, ou seja, tratar-se-ia da falta de cognoscibilidade acarretando ineficácia jurídica de contratos existentes e válidos juridicamente, há aqueles que nem mesmo admitem a existência desses contratos. Segundo Cláudia Lima Marques, no caso de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual, a relação contratual sequer atinge o plano da existência jurídica:

> A sanção instituída pelo art. 46 do CDC para o descumprimento deste novo dever de informar, de oportunizar o conhecimento do conteúdo do contrato, encontra-se na própria norma do art. 46 o fato de tais contratos não obrigarem o consumidor. 'Contratos' não obrigatórios não existem, logo é a inexistência do vínculo contratual, como entendemos.[27]

Todavia, independentemente da posição adotada nesse debate doutrinário, resta inexigível a obrigação estabelecida nos contratos de adesão em que o fornecedor descumpriu o dever de informar.

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos."

26 - GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Comentários ao código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 485.

27 - MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumi- dor. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 337/338.

3. ACERVO DIGITAL COMO PARTE DA HERANÇA: MÚSICAS, LIVROS, REDES SOCIAIS E E-MAILS

Considerando seu evidente potencial econômico, o acervo digital deve ser considerado na sucessão patrimonial. A aferição de seu valor pode inclusive afetar a parte legítima destinada aos herdeiros e a parte disponível para ser legada pelo autor da herança. Bens virtuais raros, arquivos armazenados virtualmente potencialmente valiosos para efeitos de propriedade intelectual e até sites ou contas que podem servir como fonte de renda após a morte de seu titular são apenas alguns exemplos de formas de patrimônio que, ainda que não sejam mencionadas em testamento, não devem ser ignoradas pela partilha. Caso contrário, haverá claro prejuízo aos direitos dos herdeiros.

Porém, embora a legislação em vigor permita a caracterização do acervo digital como parte do patrimônio do de cujus, a transmissão desses bens através de herança ou legado pode encontrar certos obstáculos.

3.1 Termos de serviço

Quando compramos e em seguida baixamos músicas, filmes ou e-books, não estamos adquirindo o mesmo produto contido em seus correspondentes tangíveis: CDs, DVDs ou livros. Em regra, adquire-se, na verdade, uma licença de uso regida por termos de serviço expressos em contratos "click to agree" que limitam significativamente as formas do usuário dispor de determinado conteúdo.

Seguem, a título exemplificativo, trechos dos termos de uso do Kindle, itunes e google play, respectivamente:

> **Uso do Conteúdo Kindle.** Mediante o download de Conteúdo Kindle e o pagamento de todas os valores aplicáveis (incluindo impostos), o Provedor de Conteúdo concede a você o direito não exclusivo de visualizar, utilizar e exibir tal Conteúdo Kindle de forma ilimitada, unicamente por meio de um Aplicativo de Leitura ou conforme permitido como parte do Serviço, unicamente no número de Dispositivos Compatíveis especificados na Loja Kindle, e apenas para uso pessoal e não comercial. **Todo Conteúdo Kindle é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido. O Provedor de Conteúdo poderá incluir termos adicionais para utilização de seu Conteúdo Kindle.** [...]
>
> **Restrições. Exceto se especificamente indicado de forma diferente, você não poderá vender, alugar, arrendar, distribuir, sublicenciar ou transferir quaisquer direitos ao Conteúdo Kindle ou qualquer**

parte dele a terceiros, tampouco poderá remover ou modificar quaisquer avisos ou rótulos de propriedade no Conteúdo Kindle.[28] (grifo nosso)

A Apple é fornecedora do Serviço do iTunes, que **permite que você acesse, compre ou alugue conteúdo digital ("Produtos iTunes") para uso por usuário final apenas sob os termos e condições estabelecidos neste Contrato [...]**

USO DE CONTEÚDO

Você concorda que o Serviço iTunes e certos Produtos iTunes incluem tecnologia de segurança que limita seu uso dos Produtos iTunes e que, sejam ou não os Produtos iTunes limitados por tecnologia de segurança, você deverá usar os Produtos iTunes em cumprimento com as regras de utilização aplicáveis estabelecidas pela Apple e seus licenciantes ("Regras de Utilização"), e que qualquer outro uso dos Produtos iTunes pode constituir violação de direitos autorais. Qualquer tecnologia de segurança é parte indissociável dos Produtos iTunes. **A Apple reserva-se o direito de modificar as Regras de Utilização a qualquer tempo [...]**

Sem prejuízo de qualquer disposição deste Contrato, a Apple e seus representantes se reservam o direito de alterar, suspender, remover ou desabilitar o acesso a quaisquer Produtos iTunes, conteúdos ou outros materiais, constituindo uma parte do Serviço iTunes, a qualquer momento, sem aviso. Em hipótese alguma, a Apple será responsabilizada por ter realizado tais alterações. [...][29] (grifo nosso)

Venda, distribuição ou transferência a terceiros. O usuário não poderá vender, fazer empréstimo, fazer leasing, redistribuir, transmitir, comunicar, modificar, sublicenciar, transferir nem atribuir Conteúdos ou seus direitos ao Conteúdo a terceiros sem autorização, inclusive com relação aos downloads de Conteúdo que possam ser feitos por meio do Google Play. O uso de qualquer ferramenta ou recurso fornecido como parte autorizada do Google Play (por exemplo, "Recomendações Sociais") não violará o presentemente disposto, contanto que o usuário utilize a ferramenta como especificamente permitido e somente da maneira exata especificada e permitida pela Google.

Captura de streaming. É vetado ao usuário a utilização do Google Play ou de qualquer Conteúdo em conjunto com programas de software de cópia de streaming, captura de streaming ou similares para gravar uma cópia do Conteúdo apresentado em formato de streaming.

Compartilhamento. É vetado ao usuário a utilização do Conteúdo como parte de serviços de compartilhamento, empréstimo, utilização

28 - Informação retirada do site <http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em 07/07/16.

29 - Informação retirada do site <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html#SERVICE>. Acesso em 07/07/16.

> por mais de uma pessoa ou para fins de qualquer outro tipo de instituição, exceto conforme especificamente permitido e somente da maneira exata especificada e permitida pela Google (por exemplo, por meio de "Recomendações Sociais").[30]

No caso de contas de e-mails ou serviços que permitem o armazenamento de arquivos pessoais, é comum reconhecer direitos do usuário sobre o conteúdo que armazena, conforme exemplificado a seguir em trechos dos termos de uso do gmail e icloud:

> **Seu Conteúdo em nossos Serviços**
> Alguns de nossos Serviços permitem que você faça upload, submeta, armazene, envie ou receba conteúdo. **Você mantém a propriedade de quaisquer direitos de propriedade intelectual que você detenha sobre aquele conteúdo. Em resumo, aquilo que pertence a você, permanece com você**.[31] (grifo nosso)
> **H. Conteúdo Enviado ou Disponibilizado pelo Usuário no Serviço**
> **1. Licença do Usuário.** Com exceção de material que possamos licenciar-lhe, **a Apple não reclama propriedade dos materiais e/ou Conteúdo que você envia ou disponibiliza no Serviço [...]** Ao enviar ou publicar tal Conteúdo em áreas do Serviço que são acessíveis ao público ou outros usuários, estará declarando que o Usuário é o proprietário de tal material e/ou tem todos os direitos, licenças, e autorizações necessários para distribuí-lo.[32] (grifo nosso)

Entretanto, conforme as práticas predominantes no mercado, os termos de uso não geram direito de transmissão e estabelecem o perdimento do conteúdo:

> **D. Não Existência de Direito de Sucessão**
> **A menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos à seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte.** Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e **todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado.** Contate o Suporte iCloud através de http://www.apple. com/support/icloud para mais assistência.[33] (grifo nosso)

30 - Informação retirada do site <https://play.google.com/intl/pt-BR_br/about/play-terms.html>. Acesso em 07/07/16
31 - Informação retirada do site<https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/terms/>. Acesso em 07/07/16.
32 - Informação retirada do site <http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em 07/07/16.
33 - Informação retirada do site <http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html> Acesso em 07/07/16.

3.2 Desconexão entre interface e direitos conferidos pelos termos de serviço.

É interessante notar que os direitos sobre músicas, filmes e e-books comprados em lojas virtuais muitas vezes não correspondem à expectativa criada pela interface disponibilizada pelo provedor.

Ao fazer compras online, percebe-se um visível esforço em termos de design e interface das lojas virtuais para simular um ambiente físico. A expressão "adicionar ao carrinho", por exemplo, não faz sentido literal na loja virtual, pois não há nenhum carrinho. Entretanto, como se presume que o usuário está habituado a fazer compras no mundo físico, a expressão passa de forma eficaz a mensagem de que um item será adicionado a um grupo e que, ao pagar a totalidade desse grupo, vários itens serão adquiridos conjuntamente. Da mesma maneira, lojas virtuais exibem estantes virtuais de livros ou CDs, ainda que nenhum formato tangível seja vendido, e as compras são efetivadas através de clicks em botões com os dizeres "comprar música" ou "comprar livro", quando na verdade adquire-se uma licença de uso em vez do conteúdo equivalente ao correspondente físico de determinado produto. Essa interface, sem dúvida, auxilia usuários não familiarizados com compras online, pois, ao invocar os elementos físicos presentes na realização de compras numa loja tradicional, o ato de comprar online torna-se mais intuitivo.

Porém, em muitos casos, as expectativas do usuário em relação aos direitos sobre o conteúdo que está adquirindo serão negadas pelos termos de serviço, apesar de serem incentivadas ou até criadas pela interface disponibilizada para que realizasse a compra.

3.3 Privacidade

Outro fator importante a ser considerado, especialmente no caso de contas de redes sociais, e-mails e serviços de armazenamento de arquivos, é a privacidade.

Conforme o art. 3º do Marco Civil da internet, em seus incisos II e III, a disciplina do uso da internet no Brasil tem como princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais. Inclusive, o art. 7º, em seus incisos I, II e III, assegura ao usuário a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Assim, na ausência de disposição de última vontade do titular da conta, é preciso considerar ainda se o usuário falecido desejaria que seus e-mails e demais formas de conteúdo armazenado virtualmente fossem vistos

pela sua família. Nesses casos os herdeiros poderão pleitear judicialmente o acesso ou a transmissão do conteúdo armazenado que poderão ser autorizados por sentença, levando em conta o grau de parentesco.

Pode-se entender patrimônio de forma menos abrangente, admitindo a suscetibilidade de valoração econômica de bens armazenados virtualmente como determinante para sua inclusão na partilha. Ou seja, dividindo todos esses bens em dois tipos: suscetível de apreciação econômica e, portanto, parte da herança, independentemente de previsão em testamento; e insuscetível de tal valoração, sendo o acesso e apropriação pelos herdeiros dependente de manifestação prévia (expressa ou tácita) do de cujus e ordem judicial. Entretanto, classificar todos os bens armazenados virtualmente nessas duas categorias não é tarefa simples, o que pode favorecer uma visão mais abrangente de patrimônio para incluir bens de mero valor afetivo.

Além disso, tal distinção pode se tornar problemática, considerando que bens virtuais de aparente valor exclusivamente afetivo podem um dia se tornar fonte de propriedade intelectual. Em 2009, nos EUA, o serviço de e-mails do Yahoo, apesar de determinar nas suas condições de uso que suas contas, além de não serem transferíveis, são excluídas no caso de morte do titular, foi obrigado a fornecer à família do soldado Justin Ellsworth, morto no Iraque, cópias do conteúdo armazenado em sua conta. Nesse caso paradigmático, percebe-se que, excluindo a conta de usuários falecidos, companhias como o Yahoo estariam privando herdeiros do acesso a propriedade intelectual potencialmente significante.[34] Caso o falecido imprimisse seus e-mails e os guardasse de maneira física, esses fariam parte inegável de seu espólio.[35]

E-mails são uma forma de propriedade virtual única e pessoal para cada indivíduo e, como o caso acima exemplifica, ainda são uma questão jurisprudencial controversa. Com o gradual aumento desse tipo de demanda nas cortes pátrias, cabe aos tribunais brasileiros estabelecerem entendimento coerente com os princípios constitucionais e civis para evitar a insegurança jurídica.

Do exposto, percebe-se que os bens armazenados virtualmente suscetíveis de valoração econômica fazem parte inegável da partilha, enquanto o acesso dos herdeiros àqueles insuscetíveis dependerá de manifestação de última vontade do de cujus. Mas, não havendo tal registro, ainda será possível aos herdeiros pleitear judicialmente o acesso ou a transmissão do conteúdo de contas de e-mails ou perfis em redes sociais. E, em caso de indeferimento desse pleito, será possível, ao menos, conseguir a determinação judicial da exclusão

34 - RASCH, Mark D. apud TRUONG, Olivia Y., Virtual Inheritance: Assigning More Virtual Property Rights, 21 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 57, 83 (2009).p.83. Disponível em: <http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/3_Truong-SSTLR-Vol.-21-Fall-2009-FINAL.pdf>. Acesso em 07/07/16.
35 - Idem.

de conta ou a retirada de qualquer material publicado em redes sociais.

Caso similar no Brasil envolveu os familiares da jornalista Juliana Ribeiro Campos, 24 anos, falecida em maio de 2012. Dolores Pereira Ribeiro, mãe da jovem, conta que, ao tentar cancelar a conta de sua filha através das ferramentas disponibilizadas pela própria rede social, foi informada que a página respectiva fora transformada em memorial post mortem, conforme a política da empresa para usuários falecidos, que continuaria a permitir a postagem de conteúdo pelos contatos da filha (mais de 300).

Desejando a remoção completa do perfil, afirmando que a página havia sido transformada num "muro de lamentações", Dolores ajuizou ação contra o facebook Brasil na 1ª Vara do Juizado Central de Campo Grande, sendo determinado em caráter liminar o imediato cancelamento do perfil com multa de R$ 500 por dia de descumprimento.[36]

3.4 Herança e legado digital

Do exposto, percebe-se importância do registro de última vontade. No Brasil, não só há pouco uso do instituto do testamento, devido às garantias já conferidas pela lei aos parentes mais próximos, mas também não se costuma dispor nele sobre o acervo digital. Entretanto, ainda que haja testamento minucioso, não havendo lei específica sobre a matéria, grande parte do que adquirimos ou armazenamos online tem sua transmissibilidade significativamente limitada por termos de uso. Então, como transferir efetivamente o acervo digital?

A solução prática para o problema seria apenas deixar senha, e demais informações necessárias para acesso, aos herdeiros. Mas tal conduta não procede juridicamente, pois em muitos casos configuraria crime de falsa identidade previsto no art. 307 do Código Penal[37], através do qual alguém se faria passar por outrem para ter acesso à identidade e aos bens digitais.

A transmissão de parte significativa dos bens armazenados virtualmente pode ser efetivada através de uma espécie de "testamento virtual". Já existem serviços adequados a lidar com a matéria. Companhias especializados nas disposições referentes ao acervo digital no caso de morte, como SecureSafe e PasswordBox, (através das funções DataInherit e legacy Vault, respectivamente), permitem determinar transferência de contas de email, senhas, perfis em redes sociais ou conteúdo de serviço de

36 - Informação retirada do site <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>. Acesso em 07/07/16.

37 - Artigo 307 do Código Penal: "Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave."

armazenamento em nuvem para um beneficiário no caso de morte do titular. De modo similar, o gerenciador de contas inativas fornecido pelo Google[38] possibilita aos herdeiros acessar o conteúdo armazenado pelo de cujus em serviços associados como gmail, Google Drive, Perfis do Google+, Blogger; Álbuns do Picasa, YouTube, entre outros. É possível ainda determinar a simples exclusão dessas contas. Ou seja, pode-se legar parte do acervo digital ou apagá-lo completamente.

Através de serviços do tipo é possível ainda armazenar mensagens particulares destinadas a familiares ou amigos que serão enviadas pelo sistema apenas no caso de morte do titular da conta. Sejam mensagens de conforto, agradecimento ou arrependimento, é possível garantir que certas coisas não fiquem sem ser ditas.

Os termos de serviço de cada provedor, sejam redes sociais ou serviços de armazenamento "em nuvem", lidam com a morte do titular ou a inatividade de uma conta de maneiras diferentes. O Facebook, por exemplo, não permite acesso à conta pelos herdeiros, mas possibilita a exclusão da conta ou sua transformação em memorial, através de solicitação e fornecimento de documento (certificado de óbito, a certidão de nascimento da pessoa falecida ou prova de autoridade).[39] Do mesmo modo, Twitter não fornece informações de acesso à conta a ninguém, independentemente do grau de relacionamento com o falecido, permitindo, no entanto, a requisição da remoção de uma conta de usuário falecido, através do fornecimento de certas informações como dados sobre a pessoa falecida, cópia de identidade e cópia de atestado de óbito.[40] A Microsoft, em termos de serviço referentes a contas de email e armazenamento de arquivos como Outlook e OneDrive, respectivamente, não permite que os usuários transfiram suas contas e, caso não seja feito login durante o período de um ano, estabelece a perda do conteúdo armazenado.[41]

Por fim, as licenças associadas aos e-books, músicas ou filmes, podem conceder maiores ou menores restrições referentes a transmissibilidade, dependendo do provedor e serviço. As restrições de uso associadas ao padrão "itunes plus"[42], por exemplo, são dramaticamente menores comparadas ao padrão tradicional com DRM (Digital Restrictions Management, modo de restringir a difusão por cópia de conteúdos digitais).

38 - Informação retirada do site <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em 07/07/16.
39 - Informação retirada do site <https://pt-br.facebook.com/help/150486848354038?ref=related> acesso em 07/07/16.
40 - Informação retirada do site <https://support.twitter.com/articles/416226>. Acesso em 07/07/16.
41 - Informação retirada do site <https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>. Acesso em 07/07/16.
42 - Informação retirada do site <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html>. Acesso em 07/07/16.

Entretanto, na ausência de leis específicas sobre a matéria ou de entendimento jurisprudencial claro sobre a abusividade de certas condições impostas pelos provedores, a transmissão das variadas formas de componentes do acervo digital resta regulada por contratos de adesão "click to agree" que, segundo as práticas predominantes do mercado, não costumam prever, e ocasionalmente expressamente proíbem, a transferência através de herança ou legado. Consequentemente, uma porção significativa do patrimônio acumulado no curso de uma vida poderá vir a ser perdida ou negada em prejuízo de herdeiros legítimos e legatários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs-se a analisar a viabilidade jurídica do reconhecimento do acervo digital como patrimônio e os óbices a sua transferência através de herança, além de questões incidentais decorrentes das peculiaridades dos variados tipos de bens armazenados virtualmente.

Confirma-se aqui a compatibilidade do sistema jurídico vigente com o reconhecimento do valor econômico do acervo digital e a extrema relevância dessa nova forma de patrimônio, devendo ser considerada na partilha. Contudo, não havendo qualquer legislação específica sobre a matéria ou jurisprudência pacífica sobre a abusividade de determinados tipos de condições impostas por provedores, a efetiva transferência através de herança encontra-se significativamente limitada por contratos de adesão.

Tais contratos regem a maioria das relações estabelecidas on-line. Embora os termos de uso de serviços de armazenamento de dados, e-mails e redes sociais costumem reconhecer a propriedade do usuário sobre o conteúdo por ele armazenado, a transferibilidade é raramente permitida, ainda que se trate de caso de morte do titular.

No caso da herança de e-books, músicas e filmes, nota-se que os termos de uso também restringem consideravelmente as possibilidades de dispor do conteúdo, pois, em regra, não adquire-se qualquer direito de propriedade, mas apenas uma licença de uso.

A título exemplificativo: ao comprar um CD, adquire-se a propriedade sobre uma mídia cujo conteúdo é propriedade intelectual de outrem. Comprando uma música on-line, por outro lado, costuma-se adquirir mera licença de uso permitindo o acesso pessoal a determinado conteúdo com severas limitações quanto à transferibilidade dela. E, assim, o mesmo padrão é repetido com outras formas de propriedade intelectual.

A expectativa de poder dispor do conteúdo da mesma maneira que se poderia adquirindo uma mídia física é muitas vezes criada ou perpetuada

pela própria interface das lojas virtuais. Esse aspecto do mercado on-line é especialmente problemático, tendo em vista que em certos casos é possível observar o descumprimento do dever de informar imposto por lei ao predisponente das condições gerais, já que as informações veiculadas pelo fornecedor (incluindo através da interface de uso) vinculam, ainda que não seja sua intenção.

Quanto às questões incidentais aqui abordadas envolvendo a transferibilidade do acervo digital e o acesso pelos herdeiros, ressalta-se a importância de dispor sobre a matéria em testamento, ou até através de serviços de "testamento virtual". A disposição do patrimônio digital deve ser respeitada do mesmo modo que seria caso tratasse do patrimônio corpóreo.

Bens armazenados virtualmente suscetíveis de apreciação econômica fazem parte incontroversa da herança, constituindo direito dos herdeiros independentemente de previsão em testamento, já o acesso e apropriação pelos herdeiros dos insuscetíveis de tal valoração dependem de manifestação prévia (expressa ou tácita) do de cujus e ordem judicial.

Não havendo disposição de última vontade, devido a atual imprevisibilidade jurisprudencial, pode-se privilegiar a privacidade do de cujus, negando-se o acesso dos herdeiros. Entretanto, esses ainda poderão conseguir, ao menos, a determinação judicial de exclusão do conteúdo armazenado ou postado, dependendo do tipo de serviço.

Os bens armazenados virtualmente devem ser inventariados e herdados, conforme os limites legais. Contudo, enquanto aqueles armazenados em hard drive de propriedade do falecido serão de fácil transferência, como cartas na gaveta, aqueles armazenados através das variadas formas serviços oferecidos on-line obedecem aos limites contratuais regentes das relações das quais o de cujus era parte.

Assim, resta evidente o valor patrimonial do acervo digital e seus efeitos sucessórios. Porém, no atual estado regulatório sem jurisprudência sedimentada ou lei específica regulando a herança digital, constata-se que parte considerável do patrimônio digital será perdida com a morte do titular em detrimento de seus sucessores.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Proteção do Consumidor: importante capítulo do Direito econômico**, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, 1974, vol. 15/16.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 6 – direito das sucessões**, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: RT, 1973. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro**. IN: Revista do Direito do Consumidor. nº 72, outubro- dezembro. São Paulo: RT, 2009.

RASCH, Mark D. apud TRUONG, Olivia Y., **Virtual Inheritance: Assigning More Virtual Property Rights**, 21 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 57, 83 (2009).p.83. Disponível em: <http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/3_Truong-SSTLR-Vol.-21-Fall-2009-FINAL.pdf>.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**; Belo Horizonte: editora del Rey, 2005.

Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial 1.168.547-RJ, julgado em 11/05/2010, unânime, DJ 07/02/2010.

STJ - REsp: 293778 RS 2000/0135342-0, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 29/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 474 RDR vol. 22 p. 357.

<http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em 07/07/16.

<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html#SERVICE>. Acesso em 07/07/16.

<http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html> Acesso em 07/07/16.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012>. Acesso em 07/07/16.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678> . Acesso em 07/07/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012> Acesso em 07/07/16.

<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>. Acesso em 07/07/16.

<https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/terms/>. Acesso em

07/07/16.

<https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>. Acesso em 07/07/16.

<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MzQ0MA=&filtro=9&D%20ata=#_edn14>. Acesso em 07/07/16.

<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-%20em-r-238-mil,-diz-estudo/29129>. Acesso em 07/07/16.

<https://play.google.com/intl/pt-BR_br/about/play-terms.html>. Acesso em 07/07/16

<https://pt-br.facebook.com/help/150486848354038?ref=related>. Acesso em 07/07/16.

<https://support.twitter.com/articles/416226>. Acesso em 07/07/16.

<https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em 07/07/16.

<http://web.archive.org/web/20121107035938/http://info.abril.com.br/ftp/Pesquisa-McAfee.pdf>. Acesso em 07/07/16.

APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DA LEI 13.105/2015 NO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS: VIOLAÇÃO À CELERIDADE PROCESSUAL?

The enforcement of the article 219 of the law 13.105/2015 in to the special courts system: violation of the procedural celerity?

Maria Carolina Oriá Veloso
Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Membra do Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Recife.

RESUMO: é de conhecimento patente a novidade processual que se instaura com o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/2015). Dentre as mudanças, algumas se destacam com resistência, tendo em vista demandarem, primeiramente, uma reconfiguração cultural da maneira como se pensa e se utiliza o processo. No seguinte trabalho, foi analisado o impacto do novo Código no procedimento dos Juizados Especiais em cuja esfera a aplicação da referida Lei é destacadamente subsidiária. A dicção do artigo 219 traz a contagem dos prazos processuais em dias úteis, inovação do Código de 2015. Seguindo a tradição, aplicar-se-ia tal regra nos Juizados, porém a resistência é demasiada. Assim, há que se ver que os obstáculos à celeridade não são decorrentes dos prazos, mas, sim, do trincado sistema judicial que permeia o país.

ABSTRACT: it is well known the new reality that is established after the New Code of Procedural Law (Law 13.105/2015). Among the changes, some appear with resistance, once they demand primarily a cultural reconfiguration of the way that the process is thought and used. This work analyzed the impact of the new Code on the procedure of the Special Courts in which the application of the referred law is outstandingly secondary. The diction of the article 219 brings the count of the processual deadlines in business days, innovation of the Code of 2015. According to the traditions, this manner of count should be applied but the resistance is very high. Thus it is imperative to see that the obstacles to the celerity aren't due to the manner of counting the deadlines, but resultants from the bureaucratic judicial system that permeates the country.

INTRODUÇÃO

> *"Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.*
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais. "*

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, várias mudanças foram registradas nas diversas searas jurisdicionais, propiciando a instauração de novo momento na cultura processual brasileira. Entretanto, a chegada de nova lei processual teve o condão de realizar modificações significativas no curso da história do Direito Processual Civil Brasileiro, mormente quando elas penetram esfera notadamente cultural, como é o caso do CPC/15.

Elaborado com novos princípios, os quais possuem agora delimitação própria e explicita no novo diploma, o Código surge com inovadoras propostas e entre elas a de alterar a maneira de contagem dos prazos processuais. Os prazos correspondem ao interregno de tempo possível para atuação dos sujeitos processuais, na forma de ação ou omissão (MARINONI, 2016, P.118). São eles delimitadores temporais necessários ao andamento do processo; do contrário, permitir-se-ia o prolongamento infinito dos atos. Assim, a lei estabelece dia de início e de fim para que se complete a manifestação do sujeito, a fim de restringir o tempo de atuação.

Impende esclarecer que a definição dos prazos processuais não pode ser considerada causa em si mesma para justificar a falta de efetividade da prestação jurisdicional, tendo em vista que a aceleração dos feitos não necessariamente converge para bons resultados[1]. O processo efetivo e que garante a observância ao princípio da razoável duração do processo é aquele que busca o equilíbrio entre a celeridade processual e a segurança jurídica. É preferível, por conseguinte, o emprego da expressão 'duração razoável do processo', em substituição à 'celeridade', já que o processo precisa ter um prolongamento mínimo, razoável, e não, necessariamente, célere. Assim, é ofício do legislador evitar correria excessiva, de um lado, e interminável prestação da justiça, de outro, sempre atento aos princípios constitucionais (KOEHLER, 2010, P. 33).

O tempo pode se tornar obstáculo para a efetivação do direito pleiteado, na medida que retarda o resultado e torna inútil o pedido. Entretanto, as causas para demora na decisão derivam de muitos outros aspectos para

1 - Segundo José Maria de Melo e Mário Parente Teófilo Filho (1997, P.54) "...não se deve perder de vista que acima da celeridade processual o Juizado especial tem que procurar atingir a Justiça. De que adianta a rapidez na tramitação dos feitos se tal ocorre em prejuízo notório para o direito de alguma parte causando assim injustiça? Certamente o Juizado não foi criado para isso.".

além da definição dos prazos processuais, até porque a morosidade é bem anterior ao contexto processual brasileiro, remontando à época de Justiniano (MARCACINI, 1999, P.41-42).

2. PRAZOS PROCESSUAIS

Anteriormente, ao tempo do CPC/73, se calculavam os prazos de maneira contínua, sem interrupção nos feriados (art. 178[2]), prorrogando-os nos casos em que o último dia caísse em feriados e em dias com ausência de expediente forense (art. 184[3]). Assim ocorria em todos os diplomas que tratavam de processo civil, tanto que a alteração para contagem em dias úteis instaurou novidade marcante.

O novo diploma traz, em seu artigo 219, a transmutação da maneira de se contarem os prazos, passando a ser considerados apenas os dias úteis. Ressalta-se que tal regra será aplicada apenas para os prazos processuais, ficando os outros (prazos do direito material) correndo em dias contínuos. O Código, por sua vez, quedou omisso na exposição do que seriam os dias úteis, dessa forma o conceito é obtido por vias de exclusão, a partir da leitura do artigo 216[4], o qual define o que são os feriados, sendo o restante os dias úteis (CUNHA, 2016, P.44).

Também merece destaque um detalhe que, por vezes, passa despercebido: o intervalo de dez dias para confirmação automática da intimação pelo sistema eletrônico, para o qual não incidirá a regra dos dias úteis, tendo em vista ser regulamentado em lei própria[5] (Lei 11.419/06).

No âmbito dos Juizados Especiais, não há regulação própria, na Lei, da forma de contagem dos prazos processuais, portanto se convencionou a aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil no que coubesse, incluindo as regras dos prazos. A questão da incidência secundária do referido código no sistema dos Juizados era pacífica, com pouca divergência em sentido

2 - Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

3 - Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:

I - for determinado o fechamento do fórum;

II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

4 - Art. 216. Art. 216. Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense.

5 - Lei 11.419/06. Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. [...]

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

contrário, já que havia apenas o CPC regulando tal procedimento[6]. Entretanto, com a chegada da nova regra do CPC/15, a disposição passou a ser alvo de numerosas discussões.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram instituídos pela Lei 9.099/95 e surgiram a partir da necessidade de promover uma maneira alternativa de resolução dos conflitos, gerando a desburocratização de muitos institutos do rito comum, primando pela oralidade e simplicidade de procedimentos.

A questão controversa que, aqui, se pretende analisar se pauta na possibilidade de incidência do artigo 219 do CPC/15 no âmbito do Juizado. Tal problemática encontra-se, ainda, sem solução, tendo em vista que os Tribunais esperam decisão oficial. Por enquanto, o cenário instaurado é o de que cada estado aderiu a uma vertente segundo o que lhe convém. O país está praticamente dividido, tendo alguns estados aderido à contagem em dias úteis e outros mantendo o sistema anterior. O impasse se estabelece porque, por exemplo, enquanto a Justiça do Trabalho já se pronunciou acerca de quais artigos vão ser aplicáveis àquele âmbito de jurisdição, o mesmo não se procedeu ainda para com os Juizados Especiais de maneira nacional.

Há uma parcela de juristas que teme a aplicação da nova regra e, praticamente, a justificativa se lastreia na violação à celeridade gerada pela inovadora maneira de contar os prazos, acusando o novo método de provocar maior demora na produção judicial. De outra vertente, alguns doutrinadores e juristas entendem que a alegada morosidade da justiça é fruto de aspectos outros que geram entraves no andamento processual, não a maneira de contar o tempo, o que já foi tema de vários estudos[7].

Dessa maneira, a fim de adentrar no tema, imprescindível é tratar das correntes que admitem e não admitem o Código de Processo Civil como diploma subsidiário das Leis do Juizado. Após tal deslinde, adentraremos no tema propriamente dito, demonstrando, por diversas formas, vários argumentos em favor da aceitação da contagem em dias úteis dos prazos processuais.

6 - Marcelo Pacheco Machado (2016) relembra que a lei dos Juizados não tem o condão de regular processos como um todo, tendo sido sempre o CPC a referência normativa para tanto, de incidência já automática. Não havia outra norma no ordenamento que tratasse do tema. Se o CPC foi revogado, a última lei continua com as funções da anterior, já que, do contrário, ter-se-ia que represtinar a lei anterior para aplicação apenas aos Juizados da matéria.

7 - Sobre morosidade da justiça, ver VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Judiciário e a Constituição. Saraiva: São Paulo, 1994. P. 93; STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. 2009. 176p. Tese (Mestrado em Direito) - Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009. Também: CNJ, Justiça em Números, 2015.

3. O JUIZADO ESPECIAL

3.1 Histórico

A Lei 9.099/95 define a competência dos Juizados Especiais Cíveis para as causas de menor complexidade, isto é, as que tenham valor até quarenta vezes o salário mínimo, as causas do inciso II do artigo 275 do CPC/73, as ações de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis que não excedam quarenta salários mínimos. Ademais, tal justiça promoverá a execução dos seus julgados e de títulos extrajudiciais com valor limite de quarenta salários mínimos (artigo 3°, §§1° e 2°).

Por sua vez, a Lei 10.259/01 promove a criação dos Juizados no âmbito federal, para julgamento das causas cíveis que tenham valor de até sessenta salários mínimos e as criminais com infrações de menor potencial ofensivo (artigos 2° e 3°). De início, a Lei destaca logo que, subsidiariamente ao que ela regula, incidirá a Lei 9.099/95 no que não houver conflito, já que esta trata dos Juizados de maneira genérica e aquela traz os aspectos singulares da esfera federal.

Os Juizados são fruto do mandamento constitucional advindo do inciso I do artigo 98[8] da Constituição Federal do Brasil, de cuja leitura se infere que serão criados, pela União e pelos Estados, Juizados Especiais para julgamento de causas de menor complexidade. Entretanto, apesar da ordem, o artigo resguarda norma de eficácia limitada, sendo necessária promulgação de lei que venha a regulamentar a procedimentalização do microssistema dos Juizados especiais. Foi então editada a Lei 9.099/95, que regula o *modus operandi* dos Juizados Especiais.

O aparecimento de um novo universo jurídico, de menor porte, porém de destacada grandiosidade, em termos de conteúdo, surgiu a partir das tentativas de juízes, ao redor do país, de criarem um sistema simplificado, que fosse de encontro com toda a burocracia do procedimento comum (ANDRIGHI, 2015, P.12). A nova Lei ergueu a bandeira do processo efetivo associado com garantias de prestação jurisdicional aos menos abarcados pelo sistema jurídico, em cumprimento às ondas de acesso à justiça.

Enquanto que a Lei 7.244/84, que criou os Juizados de Pequenas Causas, estatuía a faculdade de a União e os Estados estabelecerem o

8 - Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

âmbito diferenciado de julgamento, a Constituição Federal surgiu com a obrigatoriedade da criação dos Juizados Especiais, o que resultou na Lei 9.099/95. Ela surgiu com o escopo de aproximar a justiça e o cidadão comum, a partir de um sistema ágil (não necessariamente acelerado) e simplificado de distribuição da justiça, tentando resgatar a confiança da sociedade na prestação jurisdicional (CHIMENTI, 2012, P. 31).

Para o objetivo aqui almejado, será feita abordagem restrita no que tange aos aspectos cíveis dos Juizados, isto porque o trabalho visa atingir a aplicação dos prazos do Código de Processo Civil no âmbito da área cível.

3.2 Aplicação Subsidiária do CPC

Muito se discute acerca da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no regramento das Leis dos Juizados, tendo em vista serem estas omissas em alguns pontos. A Lei 9.099/95 não trouxe expressamente a solução de como proceder nos casos em que houver lacuna na área cível. Então, antes de ir em busca das técnicas de hermenêutica, é imediata a procura pela regra geral, aquela contida no Código de Processo Civil. Por outro lado, traz, de forma explícita, no artigo 92[9], que serão aplicados os dispositivos dos Códigos Penal e de Processo Penal no que houver compatibilidade e lacuna, ensejando a formação da opinião de que houve silêncio eloquente nesse caso, isto é, omissão proposital da norma.

O que ocorre é a divergência doutrinária entre os que admitem interpretação conforme o sistema e, por isso, defendem a aplicação do CPC no que foi cabível e entre os que apenas admitem a incidência do diploma processual nos casos em que a lei especial deixar estritamente claro. Destaca-se, *a priori*, que a corrente de pensadores que defendem o primeiro caso é majoritária[10], restando poucos que não admitam a aplicação do CPC nos Juizados. Não obstante o grande assenso com a dita matéria, o cenário vigente é o de relutância com a maneira de contagem dos prazos pelos Juizados tendo como base o CPC/15.

Demócrito Filho (1996, P.40) defende que, apesar do silêncio da Lei, não pode ser tomada como absoluta a definição de não incidência, e complementa admitindo que outras legislações sejam aplicáveis, contanto que sigam os limites balizadores dos princípios do artigo 2° da Lei 9.099/95[11].

9 - Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

10 - Na linha majoritária encontram-se autores como Leonardo da Cunha (2016, P.44), Demócrito Ramos (1996, P.40), Tourinho Neto (2002, P.18), Alcides Leopoldo (2010, P.10) e Ricardo Chimenti (2012, P.50).

11 - Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Há que se notar que o legislador permaneceu no mesmo silêncio que havia na antiga Lei 7.244/84 (antigo Juizado de Pequenas Causas), porém isso não serviu de argumento para que se afastasse a subsidiariedade da utilização do CPC/73 até então.

O Código de Processo Civil estatui as linhas mestras dos procedimentos de conhecimento e execução, os quais vão certamente influir no andamento dos feitos nos Juizados. Consoante tal pensamento, deve-se admitir o CPC como elaborador da "espinha dorsal" do procedimento civil, seja ele comum ou por meio dos Juizados (NETO E JÚNIOR, 2002, P. 64).

Por outro lado, conhecida é a posição da doutrinadora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, cuja obra trouxe clara divergência no ponto de que aqui se trata, embora de aquiescência limitada. Para a autora, não configura cabível a incidência do diploma processual geral nos pontos omissos da Lei dos Juizados, pelo pretexto de que não há omissões e, sim, necessidade de silenciar perante certos pontos. Reproduzimos trecho da autora:

> ... as normas que regulam o curso do processo nos Juizados Especiais não dão ensejo à discussão envolvendo a existência de possíveis lacunas no texto legal. Elas são propositadamente amplas e abertas, porque aqui é permitida uma desenvoltura maior, ao julgador, na condução do processo para busca uma solução para a lide que foi ajuizada. (ANDRIGHI, 2015, P. 14).

Ousamos discordar da ilustre doutrinadora no sentido de que ela trata a Lei dos Juizados como um texto normativo por demais independente, autônomo e que caminha a próprios passos, sem precisão de recorrer ao Código de Processo, pois, em tese, o legislador instituiu soluções próprias[12]. Evidente é que o CPC será aplicado diversas vezes no âmbito dos Juizados, porque a Lei é descaradamente omissa, tendo em vista que seu objetivo foi o de formar um procedimento paralelo à justiça comum, fugindo dos formalismos protelatórios, porém seguindo a mesma lógica processual comum e não instaurando mecanismo alienígena e alheio ao ordenamento.

Os Juizados Especiais são reconhecidamente um microssistema e, de fato, não serão operacionalizados aos moldes do procedimento comum, porém resta imperioso discutir qual o limite que a linha divisória permite filtrar para afetação do macrossistema. Ao trazer à tona o argumento dos princípios dos

12 - Nas suas palavras, "deve o julgador atuar e solver as querelas e incidentes que lhe são submetidos, com base nos elementos principiológicos fixados no art. 6°, §2° da Lei dos Juizados Especiais, denominados de "critérios" e, nunca recorrer às fórmulas construídas dentro do Código de Processo Civil (ANDRIGHI, 2015, P.15).

Juizados, que vão delimitar as regras incidentes, observa-se a fragilidade que se tem ao tentar afastar a norma maior, porque tal justificativa carrega um grau intenso de subjetividade, na medida em que qualquer opinião pode ser alicerceada por princípios.

Erick Linhares (2016), no mesmo sentido da autora alhures mencionada, afirma que a expressão "no que couber" presente no artigo 52 da Lei 9.099/95 tem o objetivo de evitar a aplicação subsidiária do CPC e significa que o legislador conhecia a amplitude e os instrumentos do CPC, optando pela omissão proposital. Também aduz à inaplicabilidade pelo fato de o CPC/15 ter suprimido o rito sumário, confirmando a inadequação dos dois sistemas.

Admitir que a Lei de Processo não é subsidiária, não sendo nunca aplicada é macular com os entendimentos atuais de que há ferramentas no CPC extremamente importantes a serem importadas para os Juizados. Por não terem sido previstas na Lei, isto não sinaliza que deixarão de ser utilizadas, como é o caso das tutelas acautelatórias e antecipatórias, de aplicação corriqueira e eficaz no cotidiano dos Juizados. Tanto se fez imperiosa a medida que foi aprovado Enunciado de Súmula do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) prevendo as mesmas[13].

A própria Lei, apesar de não trazer o procedimento, aduz para a possibilidade de o juiz se utilizar dos instrumentos necessários à consecução dos feitos. No artigo 6°, por exemplo, é conferida liberdade ao magistrado para que adote providências ímpares no caso concreto, contanto que se paute pelo atendimento dos fins sociais da lei. Ora, várias leis trazem disposição acerca da finalidade social que deve ser dada à norma, como, por exemplo, a pena para litigiosidade de má-fé, que também se aplica nos Juizados, mas o conceito e o valor da multa a ser aplicada encontram-se no CPC (artigos 79 a 81 do CPC/15[14]).

13 - Enunciado 26 FONAJE: São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis (nova redação - XXIV Encontro - Florianópolis/SC).

14 - Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

Relevante destacar que a norma do artigo 6° em questão (sem se estender ao tema da possível decisão por equidade[15]) será aplicada não apenas no momento da decisão de mérito, mas, também, durante o desdobramento do processo, nos momentos em que se fizer necessária a prolação de qualquer ato decisório, inclusive para resolver questões procedimentais ou processuais que não estejam no texto da Lei (NETO E JÚNIOR, 2005, P. 67).

Assim, percebe-se claramente que a subsidiariedade não significa que o CPC é uma constante sentinela dos Juizados, porém aparecerá quando houver provocação, por ser a lei geral idônea a emprestar seus ditames normativos.

4. MOROSIDADE DA JUSTIÇA: QUANDO A CONTAGEM DOS PRAZOS É INSIGNIFICANTE.

Os prazos processuais são definidos em lei para que orientem os aplicadores do direito e também os demais usuários a adequarem suas ações no interior do processo no momento oportuno para tal. Não podem ser confundidos com a noção de tempo do processo, porque este compreende todo o andamento do feito, incluindo a contagem dos prazos, porém outras questões vão sendo adicionadas para contribuir com a lentidão promovida pelo Judiciário.

É reconhecida a demora na prestação judicial e isto não se revela no prazo que os sujeitos têm para se manifestarem e atuarem no processo. Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

> Las consecuencias de este retraso, especialmente si se consideran las tasas de inflación existentes, pueden resultar devastadoras; incrementan el costo para las partes y ejercen gran presión sobre la parte económicamente débil para que abandone su reclamación o acepte una cantidad mucho menor a la que tiene derecho (CAPPELLETTI E GARTH, 1996, P.16).

Dessa maneira, seguindo o ponto de vista dos respeitados autores, observa-se que o tempo a que eles se referem é o compreendido até o resultado final. O acesso à justiça fica deveras comprometido quando o tempo se queda como um fator determinante para impedir a obtenção de uma decisão de mérito em um período de tempo razoável, ensejando, às vezes, a aceitação de menos do que se tem direito.

15 - A equidade somente é aceita nos casos previstos em lei, notadamente no âmbito da jurisdição arbitral (art. 25 da Lei 9.099/95 e 140 do CPC/15). Assim, a presença da expressão "equânime" no art. 6º gera divergências entre os que assumem ser possível a decisão por equidade nesse caso (CHIMENTI, 2012, P.100) e os que divergem por considerar forçosa a interpretação (REINALDO FILHO, 1996, P.146).

A definição do tempo razoável não será estabelecida por padrões fixos em manuais e em diplomas legislativos, mas, sim, definido casuisticamente. Tudo vai depender, por exemplo, da complexidade que o processo exige, da atuação dos litigantes, dos órgãos estatais como Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros fatores (KOEHLER, 2013. P.86).

Reclamações quanto ao sistema processual vigente no país são existentes desde sempre, inclusive quando da aplicação da Lei 5.869/73 (CPC/73). Durante todo o tempo de produção de efeitos dessa norma, continuou se contestando a morosidade da justiça brasileira, portanto não é o advento do novo diploma que irá mudar tal concepção repentinamente, apenas pela contagem diferenciada dos prazos.

A mudança aplicada aos Juizados dará oportunidade às partes de se manifestarem com maior clareza e segurança. Nos dias atuais, é sabida a superlotação de processos não só nos Tribunais, como também nos escritórios de advocacia, sendo pior quando o profissional atua sozinho, além da desestrutura das Defensorias. Dessa forma, foi um pleito firme e insistente da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) a alteração na maneira de contar os prazos, saindo de dias contínuos para dias úteis.

Conforme já foi mencionado alhures, a cultura arraigada no Brasil ainda é precária para aceitar mudanças no páreo do CPC/15. Dessa forma, a significativa transição será penosa, primariamente porque demanda uma mutação cultural, da maneira como se pensa o processo, como se pode efetivar a prestação jurisdicional e como planejar a administração da justiça.

A descrença da sociedade para com o sistema judiciário é enorme, mormente pelo fato de, muitas vezes, desconhecerem seus direitos de reivindicação. O pensamento pré-constituído da imaginada justiça burocrática já enseja a desistência. Esse quadro de insatisfação permanecerá independentemente da maneira escolhida para a contagem dos prazos, porque, como dito, a discussão vai além do tempo dos atos processuais praticados pelos sujeitos considerados isolados. Se finca a problemática no tempo da justiça como um todo, do sistema processual enfim.

Continuando, a retirada de burocracias do sistema dos Juizados, a exemplo de procedimentos dispensáveis, não implica dizer que deve haver a redução dos prazos, ou melhor, inaplicação da contagem em dias úteis. Os prazos servem para adequada manifestação das partes e dos demais sujeitos processuais, para garantir a máxima eficiência do processo. Pode-se, inclusive, se perguntar qual a serventia de recorrer à justiça se os atos processuais forem apressados, sem dedicação, acelerados, sem tempo hábil para se expressar. Ora, se o resultado é para os próprios litigantes, nada mais justo que a eles seja dado o direito de pronunciamento amplo.

Erick Linhares (2016), permanecendo na linha dos doutrinadores que inadmitem a aplicação do CPC/15 aos Juizados, defende que a contagem em dias úteis não será adequada ao processamento da justiça simplificada. Justifica a tese com base em argumentação que perpassa a Justiça do Trabalho e as suas definições acerca da incidência do CPC/15 no âmbito trabalhista. Assim, é, por meio da leitura do artigo 775 da CLT, que o autor deslinda sua fundamentação. Explana que o ordenamento jurídico dos processos sumaríssimos possui a mesma diretriz, buscando sempre a conciliação ou transação, e ,por isso, a identidade deles pode ensejar a interpretação proposta, de se pautar na CLT para aplicar a contagem em dias corridos.

Com toda a aclamação para com o escritor, é patente, na tese advogada, a tentativa forçosa de encontrar algum meio para fundamentar a inadequação do CPC/15 aos Juizados. Como já afirmado, não pode um procedimento ficar solto, sem regulamentação legal. A ausência da previsão no diploma dos Juizados encaminha o juiz para o suprimento por meio do CPC. Em contrário a isso, ao tentar defender que os prazos não serão aplicados nesse ramo, é tentar trazer uma norma revogada (CPC/73) à tona, apenas para suprir as insatisfações. Então, sabendo-se da impossibilidade (a não ser por lei nova), tenta-se, a qualquer custo, adequar as propostas do dissabor mediante uma interpretação sistemática frágil e forçada.

Foram anos de estudo e discussões, com grande parcela da sociedade, que ensejaram a elaboração do novo diploma processual. Dessa forma, se houve um pleito incessante de uma das entidades representativas dos interesses e isto foi acolhido, então foi fruto de uma necessidade imperiosa o clamor por maior espaço de tempo para consecução dos feitos.

A desburocratização dos Juizados tem intensa ligação com os novos princípios e critérios informadores do CPC/15, a exemplo do Princípio da Primazia da Decisão de Mérito e a técnica da fungibilidade. À vista disso, se busca fugir do rigoroso formalismo, a fim de adentrar em experiência que permita a continuidade dos atos, dispensando meros deslindes e burocracias que sejam irrelevantes, quando possível.

Sobre o formalismo, entende-se que a questão vem sendo convertida. A sociedade contemporânea urge por mudanças concretas no sistema de acesso à justiça que permitam uma prestação jurisdicional efetiva e segura. Para isso, as reformas devem começar, sobretudo, no método de aquisição de novas concepções pelos que estão envolvidos na atividade judicial, a qual deve ser fiscalizada, por sua vez, pelos personagens que ficam de fora, os quais, eventualmente, venham a precisar do sistema. Essa nova forma de pensar repudia os exacerbados formalismos inerentes ao direito e que tinham uma tendência forte ao rigorosismo. A saída para tal tendência é, entre outras

soluções, a busca pelas maneiras alternativas de resolução de conflitos, dando espaço para as conciliações e desenvoltura amistosa da função julgadora, primando pela oralidade (BOCHENEK, 2013, P. 240).

4.1 A realidade em dados

Dentre os inúmeros problemas que envolvem o Judiciário, alguns são de possível mensuração. Os obstáculos para celeridade encontram-se no cotidiano da vida jurídica, como é possível inferir das análises estatísticas feitas por órgãos responsáveis pela coleta de dados, notadamente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que elabora, por exemplo, o projeto 'Justiça em Números', anualmente, com informações detalhadas acerca de vários aspectos do funcionamento da justiça brasileira.

Em 2013, o CNJ realizou pesquisa[16] comparativa dentro do âmbito dos Juizados Especiais Cíveis de três (3) estados do país, encontrando as maiores dificuldades que barram o acesso à justiça. Em uma relação de lista, pode-se mencionar a falta de estrutura do ambiente institucional, ausência de acessibilidade nos órgãos oficiais, a péssima gestão das secretarias das varas e dos cartórios, a falta de capacitação dos conciliadores e mediadores para a nova demanda legislativa, a desorganização da justiça itinerante[17], o escasso quadro de defensores, a infinidade de recursos, entre outros.

A tão prezada predominância do Princípio da Celeridade fica comprometida com a confluência de todos os fatores acima, os quais não representam rol taxativo. Segundo Alcides Leopoldo e Silva Junior, um magistrado, sozinho, para conseguir administrar milhares de processos é bastante complicado, mas ele pode ser capaz de dividir esse trabalho a partir da supervisão de vários mediadores e conciliadores, espalhados em aeroportos, escolas, sindicatos e nas comunidades, levando o acesso à justiça mais perto do cidadão (SILVA JUNIOR, 2010, P.5).

Apesar das pesquisas realizadas, poucos são os órgãos que reúnem dados suficientes para reorganizar o método de trabalho em cima dos resultados. A produtividade é aspecto sério a ser considerado, o que, não raras vezes, fica apenas engavetado nos tribunais. Adotando-se a ideia de que os juízes são também agentes públicos e, portanto, devem seguir os princípios da Administração Pública, é obrigatória a observância ao Princípio Constitucional da Efetividade, moldado à prestação jurisdicional. Ademais,

16 - Síntese de dados do diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis. Relatório Descritivo (Projeto desenvolvido por meio do Termo de Cooperação Técnica n. 002/2012 CNJ/IPEA). CNJ, 2013.

17 - Impende trazer à tona a informação contida na mesma pesquisa de que 52,75% dos entrevistados no estado do Rio de Janeiro afirmaram não haver óbices à efetivação do sistema itinerante de justiça, o que demonstra a clara falta de interesse.

deve o Judiciário se pautar pelas outras ciências do saber para concretizar seus objetivos, até porque sua função primordial não é a de calcular a produtividade. Em sendo assim, óbices não hão de haver em importar institutos da ciência da Administração, que lida com maestria acerca do assunto. É a partir da humildade do reconhecimento de que as ideias de gestores de outras áreas possam ser aplicadas no âmbito da Justiça, servindo como parâmetro de resultados, que o sistema avança (BRASIL, 2009, P.393).

Os Juizados são, de acordo com o §3° do artigo 3° da Lei 9.099/95, procedimento facultado à escolha do litigante, nos casos em que os valores não excedam o limite da lei. Uma análise desse fato permite mostrar que, com o sucesso da fundação do procedimento sumaríssimo, vários indivíduos passaram a preferir entrar na justiça por meio deles, tendo em vista a promessa de menos burocratização e consequente celeridade no resultado. Entretanto, o que se afigura, atualmente, é o cenário de que muitos estados não possuem a estrutura prometida para fazer valer os ditames legais, gerando um inchaço para os poucos juízes que ali estão[18].

Embora haja a previsão de possibilidade de que os interessados entrem na justiça por seus próprios meios até certo valor[19], sem auxílio dos profissionais da área, a existência da defesa técnica feita por defensores públicos deve ser mais amplamente difundida e acessível aos que têm dificuldades. É claro que entregar os fatos a quem atua na área promoverá uma ação com maior diligência e acompanhamento. Não obstante a referida necessidade, ainda é baixa a porcentagem dos casos auxiliados pelos Defensores Públicos[20] proporcionalmente.

As taxas ainda são alarmantes e, combinadas com a crescente insatisfação popular perante o sistema, apenas intensificam os problemas. No Ceará, por exemplo, o prazo médio para resolução judicial salta de 470 dias (resolvidos na primeira instância) para 1869 dias (até a resolução de mérito em quaisquer instâncias)[21]. É importante destacar que o problema não está no duplo grau de jurisdição apenas, mas na insistente cultura de interposição

18 - Alexandre Freitas Câmara (2010, P.19) revela que os Juizados estão mais parecidos que nunca com as varas do procedimento comum na prática, abarrotados de processo e sem estrutura, funcionando, entretanto, com menos procedimentos e burocracias, porém retardando a busca pela justiça da mesma maneira. Alerta também o autor para o problema inverso de que muitos juízes aceleram demasiadamente o processo, muitas vezes provocando cerceamento de defesa.

19 - Lei 9.099/95. Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

20 - No Rio de Janeiro, no Amapá e no Ceará menos de 2% dos processos dos Juizados Estaduais Cíveis são acompanhados pela Defensoria Pública (CNJ, Juizados Especiais, 2013).

21 - Síntese de dados do diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis. Relatório Descritivo (Projeto desenvolvido por meio do Termo de Cooperação Técnica n. 002/2012 CNJ/IPEA). CNJ, 2013.

infinita de recursos. Alerta-se para o fato de que apenas 37,04% dos processos que seguem para apreciação de recursos, obtêm o provimento do pedido.

A taxa de congestionamento médio nacional dos Juizados Especiais Estaduais é de 74,2%, de acordo com pesquisa divulgada em 2015[22]. Ora, até então, não havia entrado em vigência a Lei 13.105/15, e os problemas de efetividade já eram gritantes. Nos Juizados Federais, ainda há valor menor de retenção dos processos, porém ainda totaliza 56%, constituindo mais da metade do volume de ações[23].

Diante do breve contexto apresentado, é possível perceber que a demora do Judiciário perpassa por um universo de ajuste de comportamento dos sujeitos processuais e interesse dos mesmos no andamento do feito, provocando morosidade e insatisfação. A demora é fruto da má qualidade dos serviços prestados e que não há sanções para tal, portanto permanece a lamúria da estrutura.

5. POLÊMICA ATUAL

A situação que vige é a de dissenso entre a doutrina, os tribunais e todos os aplicadores do direito para com a aplicação do art. 219 do CPC/15, e, sem uma resposta definitiva, ainda perambulam nas decisões seguindo a regra que mais lhes apetece.

O impasse se tornou mais forte quando houve divulgação da nota técnica 1/16 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), que atua mais na seara estadual, declarando a incompatibilidade do CPC/15 com o rito sumaríssimo dos Juizados, afastando, portanto, a contagem em dias úteis.

A posição da Corregedora Nacional de Justiça, Nancy Andrighi, já era por demais conhecida desde o início e foi também seguida pelo Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil (Encoge) na carta de Cuiabá (MACHADO, 2016). Após isso, esperava-se então a palavra proveniente da FONAJE, por ser entidade aclamada no meio dos Juizados Estaduais. O desencanto com o pronunciamento tomou espaço porque veio após a fixação do parecer, em sentido contrário, do ENFAM[24] (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados), do FPPC[25] (Fórum Permanente dos Processualistas Civis) e do FONAJEF[26]

22 - CNJ, Justiça em Números 2015.
23 - CNJ, Justiça em Números 2015.
24 - Enunciado 415. Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis.
25 - Enunciado 45. A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/15) aplica-se ao sistema dos juizados especiais.
26 - Enunciado 175. Por falta de previsão legal específica nas leis que tratam dos juizados especiais, aplica-se, nestes, a previsão da contagem dos prazos em dias úteis (CPC/2015, art.

(Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais), todos a favor da aplicação exata do CPC/15.

Além de outros, tomou destaque o argumento, pelo FONAJE, de que a incidência do artigo 219 do CPC/15 prejudicaria o Princípio da Celeridade, tão aclamado pelos Juizados, subvertendo o sistema criado pela Lei 9.099/95.

Os estados se encontram divididos na matéria, alguns optando por aplicar e outros não, ainda havendo os que esperam confirmação oficial[27]. Amazonas, Amapá, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima e Tocantins são os que escolheram aplicar o disposto no diploma processual civil. A outro turno, Alagoas, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraná, Santa Catarina, Sergipe e São Paulo decidiram por não implantar o disposto no artigo 219 do CPC/15. Por fim, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Rio Grande do Sul e Rondônia afiguram-se sem posição definida, aguardando a uniformização.

Ato contínuo, foi proposta alteração legislativa para a Lei 9.099/95, por alguns Deputados Federais na Câmara dos Deputados, a fim de que seja dada solução final ao caso. As propostas versam sobre a inclusão de artigo na Lei que deixe clara a maneira como será feito o cômputo dos prazos, sem que seja necessário recorrer para isso ao CPC.

Assim é que há quatro Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional (até o fechamento do presente artigo) no aguardo de definição, sendo três a favor da inclusão da norma constante do CPC na Lei dos Juizados, isto é, que seja de vez definida a contagem em dias úteis, e o outro contra a contagem dessa forma[28].

Ainda, em recente manifestação, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco expediu a Instrução Normativa n° 14, de 04 de julho de 2016, por meio da qual disciplinou a matéria da contagem dos prazos. Restou determinado, então, que há três diferentes momentos a serem considerados: o da tomada de ciência das intimações disponibilizadas pelo painel eletrônico no âmbito do Poder Judiciário do Estado (já regulamentado pela Lei 11.419/06), o da contagem dos prazos processuais em geral e os prazos processuais nos âmbitos dos Juizados Especiais Cíveis, Fazendários e Colégios Recursais. Para o primeiro, a contagem será feita conforme os ditames da Lei do Processo Eletrônico, isto é, contagem em dias corridos dos 10 dias que o sistema eletrônico terá para confirmar automaticamente a intimação. No tangente aos

219).

27 - Disponível em http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI237194,101048-Juizados+Especiais+se+dividem+entre+aplicar+ou+nao+contagem+de+prazos. Acessado em 06 de julho de 2016.

28 - CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 4982 de abril/2016; PL 5566 de junho/2016; PL 5404 de maio/2016 e PL 5038 de abril/2016.

prazos processuais, segue a regra do CPC/15, de cálculo apenas nos dias úteis. Por fim, e o que aqui interessa, a contagem dos prazos no âmbito dos Juizados será em dias corridos, permanecendo inalterada a situação vigente antes da promulgação do novo código, decisão justificada a partir do enunciado do FONAJE, há pouco tempo liberado.

As Turmas Recursais dos Juizados Federais de Pernambuco já alteraram o Regimento Interno, por meio da Resolução Conjunta n º 01, de 14 de junho de 2016. O artigo 31, §4° define, em termos claros, que a contagem dos prazos processuais se dará em dias úteis, se adequando às novas regras.

A problemática que se evidencia é que a celeuma processual apenas teve seus primeiros disparos, porque, enquanto não houver a edição dos projetos de lei, cada estado poderá julgar a mesma matéria de maneira distinta, com prazos diferentes, pois não há Corte delimitada com a competência de uniformizar o entendimento no âmbito dos Juizados, até porque as Turmas de Uniformização apenas tratam de direito material. É neste cenário que se afigura a resistência legislativa instaurada nos tempos atuais no país, ficando incumbido para cada esfera definir se a lei federal será aplicada ou não no âmbito da própria jurisdição.

6. CONCLUSÃO

Como afirmam os juristas Lênio Streck e Dierle Nunes (2016), o que é novo deve ser visto com os olhos imiscuídos no novo, ou seja, não adianta querer enxergar as mudanças com os mesmos comportamentos e visões do passado. Apesar disso, não se pode fugir da realidade, tendo em conta que os obstáculos à concretização do novo código vão além da definição da contagem de prazos.

> *Ipso facto,* um novo CPC não corrige, *per se,* dificuldades materiais, administrativas, organizacionais e de recursos humanos que assolam a estrutura judiciária e que, de tal arte, respondem, estas sim em caráter preponderante, pela maldição do tempo processual, se assim podemos chamar a incrível morosidade que acoima a tramitação de causas na Justiça (MELLO, 2016).

Mudanças são imperativas, porém o tempo de adaptação é natural. E é nesse sentido que se deve pensar o futuro, tentando adequar os institutos às novas demandas legislativas aos poucos. É claro que ainda há intensas provocações a serem feitas, mormente pela dificuldade em se aplicar alguns

inovadores dispositivos a esferas de procedimentos simplificados.

A questão dos prazos nos Juizados ainda ficará sem definição até que seja aprovado algum projeto de lei que venha regulamentar o tema. Do contrário, cada estado continuará procedendo à sua maneira. O que se pode dizer é que a resistência não deve seguir nos rumos que se avista, porque enfraquece a norma que acabou de ser lançada ao sistema, a qual deveria servir de parâmetro para a contextualização do Processo Civil dentro do ordenamento processual brasileiro.

O CPC/15 precisa ser utilizado, portanto, como a base legal que gera o arcabouço normativo para o Processo Civil, entrando em contato com outras leis, porém dentro de uma lógica jurídica, a fim de que não se criem vários ordenamentos paralelos disputando pelo mesmo espaço.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Novo CPC e sua Aplicação nos Juizados Especiais. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

BRASIL, Sérgio Fiuza Tahim de Sousa. A administração de um Juizado Especial Federal e o princípio da celeridade. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região v.1, n.19, p.375-439 comp. P-60, mar. 2009.

BOCHENEK, Antônio César. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. El acceso a la justicia. Traducción de Mónica Miranda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A razoável duração do processo. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por esta do FONAJE. Disponível em http://jota.uol.com.br/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje. Acessado em 06 de julho de 2016.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil. 1999. 263f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2015.

MELO, José Maria de; TEÓFILO NETO, Mário Parente. Lei dos Juizados Especiais comentada. Curitiba: Ed. Juruá, 1997.

MELLO, Ricardo Licastro Torres de. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc#sdfootnote1sym. Acessado em 07 de julho de 2016.

LINHARES, ERICK. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/erick-linhares-contagem-prazos-juizados-especiais. Acessado em 05 de junho de 2016.

NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Juizados Especiais Cíveis. Recife: Bagaço, 1996.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo. In: Juizados especiais cíveis. Jorge Tosta (coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

STRECK, Lenio Luiz, e NUNES, Dierle. CPC: conclamamos a que olhemos o novo com os olhos do novo!, disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/senso-incomum-cpc-conclamamos-olhemos-olhos. Acessado em 06 de julho de 2016.

STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. 2009. 176p. Tese (Mestrado em Direito) - Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009.

PRISÃO CIVIL COERCITIVA: DA ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Imprisionment for civil contempt of court: a study about its admissibility in the brazilian legal system

Sofia Cavalcanti Campelo
Bacharela em direito pela Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE). Advogada.

RESUMO: O presente trabalho analisa a admissibilidade jurídica da prisão civil coercitiva no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de propiciar maior efetividade ao processo. Apresenta, inicialmente, o instituto nos moldes em que é utilizado no direito estrangeiro. A partir disso, procura rebater as fortes críticas dirigidas a sua incorporação no Direito Brasileiro, demonstrando que, em sua maioria, decorrem de interpretação apressada e descuidada das normas que vedam a prisão civil por dívidas, bem como desconsideram a necessidade de se ponderar os direitos fundamentais conflitantes no caso concreto. Por fim, concluindo pela viabilidade da medida, em especial a partir do disposto no art. 139, IV, do novo Diploma Processual, destaca a necessidade de regular sua aplicação, evitando que se transforme em autorização para a arbitrariedade judicial.

ABSTRACT: The present study analyzes the admissibility of imprisionment for civil contempt of court in the Brazilian legal system, in order to promote more effectiveness in judicial proceedings. Firstly, such legal actions are described from the point of view of how they are applied in foreign law. From this, the criticisms against its incorporation into Brazilian law are rebutted in order to demonstrate that, in most cases, they are the result of hasty and slipshod interpretations of the rules that forbid imprisionment for indebtedness, as well as ignorance of the need to balance fundamental rights that may conflict in specific cases. Finally, in recognition of the measure's viability in Brazil, especially that based on article 139, IV, of the new Brazilian Civil Procedure Code, the need to regulate its use is emphasized, in order to prevent legal arbitrariness.

INTRODUÇÃO

Na prática forense, as medidas coercitivas expressamente previstas no diploma processual pátrio se mostram ainda insuficientes no propósito de assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Por essa razão, e ante a crescente percepção da instrumentalidade do processo, aprofundam-se as discussões no sentido de dotar a tutela jurisdicional de maior eficácia, a fim de que o processo seja não uma ferramenta de apoio aos direitos subjetivos da parte, mas um instrumento voltado à realização do bem estar social por meio do exercício da jurisdição.[1]

Além disso, a par da questão atinente ao cumprimento das obrigações, em especial das que dependem de uma atuação do devedor, percebe-se, cada vez mais, a necessidade de se impor respeito à autoridade do Judiciário, sem a qual os direitos fundamentais, de toda ordem, proclamados pela Ordem Jurídica, acabam se tornando mera exortação, impossíveis de serem tutelados na prática. Por essas razões, portanto, clama-se por maior proteção à dignidade da justiça, munindo os magistrados de meios executivos mais efetivos, realmente capazes de fazer valer, na prática, as pretensões levadas a juízo.

Nesse contexto, um considerável número de vozes de importância na processualística nacional, como é o caso de Luiz Guilherme Marinoni[2], Marcelo Lima Guerra[3] e Sérgio Cruz Arenhart[4], defendem a possibilidade de se utilizar, no direito brasileiro, medida coercitiva mais gravosa como a prisão civil, desde que não se vislumbre, no caso específico, outro meio capaz de dar efetividade à ordem judicial.

A possibilidade de incorporação desse instituto no país ainda é, contudo, alvo de muitas discussões e críticas pela doutrina nacional. Por essa razão, o presente estudo terá como objetivo analisar a prisão como meio coercitivo e sua admissibilidade jurídica no ordenamento pátrio, a partir do exame dos principais óbices apontados por aqueles que rejeitam sua utilização em nosso país.

---

1 - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 12-13.

2 - MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. **São Paulo: Malheiros, 2000**, p. 87-88.

3 - GUERRA, Marcelo Lima. 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. **Série cadernos do CEJ**. v. 23. Brasília: CJF, 2003, p. 312- 332.

4 - ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo.** Disponível em: <http://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO>, acesso em: 15 de janeiro de 2016.

1. A PRISÃO COMO MEIO COERCITIVO

As sugestões de aplicação da restrição de liberdade como técnica coercitiva são, sem dúvidas, resultado da influência, em nosso país, da doutrina do *contempt of court*, que, há muito, já prevê essa possibilidade, com a obtenção de excelentes resultados práticos.[5]

Não obstante as vozes nesse sentido, a tendência verificada, nos últimos anos, no sistema processual brasileiro, foi no sentido da utilização da prisão criminal como forma de pressionar o réu a cumprir as decisões judiciais.[6] Nessa perspectiva, pode-se destacar a Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016 de 2009), que, em seu art. 26, considera crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em sede de mandado de segurança e, inclusive, o novo Código de Processo Civil, que, em diversos dispositivos, como será analisado, prevê a possibilidade de responsabilização do sujeito recalcitrante por crime de desobediência.

Esse é, há muito, o posicionamento de processualistas como Barbosa Moreira, Eduardo Talamini e Garcia Medina, segundo os quais não há possibilidade de incorporação da prisão civil coercitiva no país.[7] Para eles, a restrição de liberdade só seria legitimamente utilizada como meio coercitivo por meio da tipificação da conduta desrespeitosa como crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal), de desobediência (art. 330 do Código Penal), de resistência (art. 329 do Código Penal), ou até mesmo por intermédio da criação de outro tipo penal específico.

Diante desse contexto, o presente tópico terá como objetivo analisar, primeiramente, a prisão civil coercitiva no contexto anglo-americano do *contempt of court,* a fim de melhor entender seu funcionamento e verificar sua compatibilidade com as necessidades do direito brasileiro. Em um segundo momento, estudar-se-á a prisão criminal coercitiva já adotada em nosso sistema, possibilitando fazer um contraponto à primeira no que concerne ao efetivo potencial intimidatório dessas modalidades de restrição de liberdade na efetivação dos provimentos judiciais.

---

5 - SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim. O contempt of court no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo.** n. 191. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2011, p.92.

6 - BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer** - estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p.135.

7 - MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução:** Processo civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 275; TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 301-326; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas.** Separata da revista brasileira de direito processual, v. 20, p. 71-72.

1.1 O *Contempt of Court* e a prisão civil coercitiva

1.1.1 Breves noções históricas, fundamentação e conceito

O *Contempt of Court* é um dos institutos mais antigos do direito anglo-americano, tendo em vista que sua origem se confunde com a origem do próprio Poder Judiciário na Inglaterra. Destinava-se, inicialmente, a assegurar a autoridade e a dignidade do rei, em nome de quem era administrada a justiça, principalmente a partir do surgimento da *Equity,* uma nova forma de solução de conflitos em oposição à tradicional *Common Law.*[8]

Na realidade, o direito comum a toda a Inglaterra, exercido pelos Tribunais de *Westminster*, demonstrou excessivo apego à formalidade e às regras processuais, de tal forma que não se mostrava capaz de apresentar solução para as situações não tuteláveis pela lei e, portanto, acabava por cometer profundas injustiças. A *Equity* surgiu, então, como um recurso ao poder do soberano, de caráter divino, a fim de que se fizesse justiça nas situações sobre as quais a *Common Law* não detinha competência.[9] Entre os remédios utilizados pelos tribunais de *Equity,* formados pelo chanceler do rei, as *injunctions* assumiram particular importância, já que, por constituírem ordens de execução dirigidas à parte para que fizesse ou deixasse de fazer algo, possibilitaram a atuação sobre a vontade do demandado, em oposição ao que se sucedia nos tribunais de *Common Law,* cujas ordens só poderiam ter efeitos *in rem.* [10] Nas palavras de Aldo Frignani:

> *"l'injuction si oppone ai rimedi di commom law: essa è, in primo luogo, un rimedio specifico, diretto cioè a procurare la realizzazione concreta del diritto, o delle aspettative legittime dell'attore, contrariamente al rimedio dei damages che ha uma funzione genericamente compensatória."*[11]

8 - BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do Contempt of Court no direito norte-americano. **Revista de Processo.** n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev.2011, p. 135.

9 - HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction** (Contemporary law series). New Haven, CT: Yale University, 1993, p. 12.

10 - ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. **Revista de Processo.** n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2014, p. 125.

11 - FRIGNANI, Aldo. L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano a*pud* LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. O contributo do contempt of court para o processo ambiental. **Revista de Processo.** n. 218. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2013, p. 52. "A *injunction* se opõe aos remédios de *common law:* essa é, primeiramente, um remédio específico, isto é, direcionado à procurar a realização concreta do direito, ou das expectativas legítimas do autor, contrariamente ao remédio dos *damages*, que têm uma função genericamente compensatória." (trad. livre)

Tendo em vista que a *Equity* fundamentava-se no poder do rei, a desobediência ao comando judicial significava, na realidade, ofensa ao poder real, e, por essa razão, não podia ser tolerada.[12] Foi necessário, portanto, lançar mão de mecanismos capazes de exercer pressão coercitiva pessoal sobre o destinatário da ordem, e de puni-lo, em caso de efetivo *contempt of the king*.

Dessa forma, medidas como a multa e o encarceramento, dentre outras de profundo rigor, ganharam especial importância na garantia da efetividade das ordens judiciais, formando, portanto, um conjunto de mecanismos destinados a proteger a administração e a dignidade da justiça, o *contempt of court.*[13] O processamento desses casos, inicialmente, era de competência da *Star Chamber,* jurisdição limitada a assuntos de especial interesse do rei. Todavia, em decorrência da importância que assumiu na imposição de respeito aos comandos judiciais*,* a ferramenta foi, mais tarde, adotada por todos os juízes e tribunais, que vindicavam o poder de punir os atos de desprezo para com seus comandos, inerente ao próprio exercício da atividade judicial.[14] Como bem elucidam Adriana Barbosa e Francisco Lima Neto "o poder originariamente associado apenas ao rei se tornou intrínseco a todo o Judiciário, sendo o instituto do *contempt of court* considerado a mãe do poder natural e inato dos tribunais".[15]

Por meio do Tratado de *Blackstone*, sistematização legal das regras de conduta impostas ao reino pelo rei, o sistema do *contempt of court* passou a ser inquestionavelmente respeitado na Inglaterra e, "*since the American colonists were by and large a product of the common law environment of England, it was natural that their courts were endowed with procedures copied from mother England*".[16] Assim, o poderoso instituto recebeu imenso prestígio também nos Estados Unidos da América, e, já em 1789, foi previsto na seção 17 do *Judictiare Act*, a qual estabeleceu o poder, de todas as cortes norte-americanas, de punir por meio de multas ou prisão, à discrição da própria corte, todas as ameaças a sua autoridade, em quaisquer casos ou audiências realizada sob sua jurisdição.[17]

12 - GOLDFARB, Ronald. **The History of the Contempt Power.** Washington University Law Review, 1961, p. 8. Disponível em <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1961/iss1/6>, acesso em 27 de janeiro de 2016.

13 - ZARONI, Bruno Marzullo. **Op. cit.,** p. 124.

14 - BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro.** Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 49-57.

15 - BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. **Op.cit.,** p. 136.

16 - GOLDFARB, Ronald. **Op. cit.,** p. 13. "Já que os colonos americanos eram em geral um produto do ambiente da *common law* inglesa, sempre foi natural que suas cortes fossem dotadas de procedimentos copiados da mãe Inglaterra." (trad. Livre)

17 - BAUERMANN, Desirê. **Op. cit.,** p. 29-30.

Conforme salientado, o fundamento lógico do *contempt of court* é a crença em um poder inerente (*inherent power*) às cortes de justiça de preservar sua dignidade e sua autoridade, pois, como bem asseverou a Suprema Corte norte-americana no caso *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, julgado em maio de 1911,

> *"[i]f a party can make himself a judge of the validity of orders which have been issued, and by his own act of disobedience set them aside, then are the courts impotent, and what the Constitution now fittingly calls 'the judicial power of the United States' would be a mere mockery"*.[18]

Dessa forma, o fundamento assente nos países de *Common Law* para a utilização, pelas cortes judiciais, das medidas de repressão à desobediência é o de que, "*as an ancient power intrinsic in the nature of courts, the exercise the power of contempt is no trivial matter or simply meant to assuage the personal feelings of judges—it is an indispensable component of the constitutional authority of the court"*.[19]

Feitas essas considerações históricas, resta fácil definir a doutrina do *contempt of court.* Para evitar confusões, contudo, é preciso ter atenção ao fato de que a expressão "*contempt of court"* designa, em sentido estrito, "desacato à corte", de forma que se refere, em princípio, ao próprio ato ou omissão desrespeitosa em relação ao órgão jurisdicional, o que, no sistema anglo-americano, é mais especificamente denominado de *contemptuous act*.[20] Todavia, conforme mencionado, a expressão acabou por designar, também, o conjunto de mecanismos posto à disposição das cortes para preservar a efetividade do processo e sustentar seu poder. Assim, ao se falar em "*contempt of court",* pode-se querer fazer menção à própria conduta de desacato à corte ou aos mecanismos desenvolvidos para enfrentá-la.[21] Nas palavras de Ronald Goldfarb:

> *"contempt can be generally defined as an act of disobedience or disrespect toward a judicial or legislative body, or interference with its*

18 - ESTADOS UNIDOS. **Gompers v. Bucks Stove & Range Co. 221 U.S. 418 (1911)**, disponível em <https://supreme.justia. com/cases/federal/us/221/418/case.html>, acesso em 28 de janeiro de 2016. "se uma parte puder se tornar juiza da validade das ordens emitidas, e, pelo seu próprio ato de desobediência, desconsiderá-las, ficam as cortes impotentes e o que a Constituição agora apropriadamente chama de "o poder judiciário dos Estados Unidos" seria uma mera piada." (trad. livre)

19 - "Como um antigo poder intrínseco à natureza das cortes, o exercício do poder de *contempt* não é uma questão trivial ou simplesmente destinada a satisfazer os sentimentos pessoais dos juízes – é um componente indispensável à realização da autoridade constitucionalmente assegurada à corte." WARREN, Michael. **Contempt of court & broken windows:** why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican selfgovernment. Criminal Law and Procedure. V. 7. issue. 1, p. 45. Disponível em <https://www.fed-soc.org/library/doclib/20080313_CrimWarren.pdf>, acesso em 28 de janeiro de 2016.

20 - BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. **Op. cit.,** p. 131.

21 - SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim. **Op. cit.,** p, 86.

> *orderly process, for which a summary punishment is usually exacted. In a grander view, it is a power assumed by governmental bodies to coerce cooperation, and punish criticism or interference, even of a causally indirect nature."* [22]

O foco do presente trabalho, como visto, é o estudo da doutrina desenvolvida no sistema de *Common Law* com a finalidade de evitar e reprimir os atos de desrespeito aos tribunais, razão pela qual a expressão será utilizada, primordialmente, nessa acepção.

Feitas essas considerações, podemos, finalmente, com espeque em Júlio César Bueno, conceituar o instituto do *contempt of court* como sendo:

> "o conjunto de princípios e regras destinados a assegurar a adequada administração da justiça e preservar sua dignidade, por meio dos quais a lei, em nome do interesse público, toma a si o encargo de defender-se e assegurar que seus comandos sejam efetivamente respeitados e cumpridos, prevenindo e reprimindo os atos de desobediência, desprezo, interrupção, obstrução e impedimento, atuais ou iminentes, das partes ou de terceiros, no curso de um processo judicial, denominados atos de *contempt of court*." [23]

Da definição acima colacionada, vale destacar que o instituto do *contempt* não se aplica somente às partes do processo, mas a todos aqueles que, de alguma forma, causem embaraço ao seu escorreito desenvolvimento. Assim, muitas vezes, o *contemnor*[24] não compõe a relação jurídica processual, mas é simplesmente terceiro, como é o caso de editores e proprietários de jornais que publicam informações sobre casos *sub judice*, prejudicando o acusado. Para ilustrar, pode-se mencionar o famoso precedente em que o editor do jornal inglês *Daily Mirror* foi condenado a três meses de reclusão e os proprietários do mesmo ao pagamento de multa no valor de cem mil libras, em decorrência da publicação de matéria em que se veicularam informações acerca do caráter e de supostos outros homicídios cometidos por John George Haigh, então acusado por homicídio doloso.[25] Ressalte-se que essa foi a mesma orientação adotada pelo legislador pátrio, quando da edição da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, o que já demonstra a clara influência do

22 - GOLDFARB, Ronald. **Op. cit.,** p. 1. "*contempt* pode ser genericamente definido como um ato de desobediência ou desrespeito a uma instituição judicial ou legislativa, ou de interferência em seu processo ordinário, para o qual uma punição sumária é normalmente exigida. Em uma visão geral, é um poder assumido pelas instituições governamentais para forçar cooperação, e punir críticas ou interferências, mesmo que eventualmente de natureza indireta." (trad. livre)

23 - BUENO, Júlio César. **Op. cit.,** p. 70-71.

24 - Como é denominada a pessoa que comete o ato de *contempt of court.*

25 - ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo.** Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246.

contempt of court no direito brasileiro.[26]

A definição de Júlio César Bueno ressalta, ainda, as variadas feições e formas de atuação que o instituto ora em estudo assume, sempre com a finalidade de proteger a dignidade da justiça. Nesse contexto, conforme vise a prevenir ou a reprimir os atos de desobediência, o *contempt* pode ser classificado em *civil* ou *criminal,* prevendo reações diversas. Conforme seja o desacato cometido diante da corte ou fora da presença do órgão jurisdicional, pode constituir *direct* ou *indirect contempt*, autorizando cada uma das formas a utilização de procedimentos distintos.

Assim, portanto, para a melhor compreensão do instituto, é de extrema importância o estudo de suas diversas feições, ou, conforme comumente chamado, de suas classificações. Esse é o propósito do próximo tópico.

1.1.2 Classificações

Embora o *contempt of court* comporte várias classificações, duas delas, conforme acima mencionado, merecem maior atenção no estudo do instituto: a que tem como critério o local de cometimento do ato de desacato (*contempt* direto ou indireto) e a que leva em consideração o objetivo da medida, isto é, seu caráter coercitivo ou punitivo (*contempt* civil ou criminal).

Quanto à primeira classificação, importa saber se o *contemptuous* act se deu "*in face of the court"* ou não. Assim, será direto, se a conduta desrespeitosa for praticada na vista e presença imediata da corte, e indireto, se o desacato for praticado fora do ambiente judicial. A distinção tem grande relevância no estabelecimento do procedimento, pois a ocorrência de *contempt* direto dá ensejo a uma reação sumária, sem maiores formalidades, enquanto o indireto somente pode ser configurado e punido "*after proof of the facts charged has been made by affidavit or other method and opportunity has been given to defend*."[27] Ressalte-se, desde logo, que o tipo de *contempt* associado ao desrespeito e ao descumprimento de ordem judicial é sempre o indireto, razão pela qual, conforme será demonstrado, tem um procedimento revestido de cuidados.[28]

26 - É importante, todavia, ressaltar que os advogados foram excluídos do alcance da multa do§ 2º do art. 77, o que não acontece no *contempt of* court. Para Paulo Afonso Brum Vaz, a opção do legislador foi lamentável, pois "não se podem confundir os poderes deontológicos do órgão de classe, aos quais estão vinculados todos os advogados, com os poderes decisórios e éticos do juiz, que devem ser acatados por todos que do processo participem." VAZ, Paulo Afonso Brum. **O contempt of court no novo processo civil.** Revista de Processo. n. 118. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez.2004, p. 154-156.

27 - "depois que os fatos imputados tenham sido provados por depoimento ou outro método, e que a defesa tenha sido oportunizada." MICHIGAN JUDICIAL INSTITUTE. **Contempt of Court Benchbook** - Fourth Edition Cover and Acknowledgment**,** p. 2-12. Disponível em <http://courts.mi.gov/education/mji/Publications/ Documents/Contempt-Of-Court.pdf>, acesso em 02 de janeiro de 2016.

28 - GUERRA, Marcelo Lima. **Op. cit.,** p. 315.

A segunda classificação, por sua vez, distingue o *contempt of court* civil do penal em razão do propósito da reação. Se a atuação judicial é no sentido de coagir o litigante renitente a cumprir o comando emanado pela corte, tem-se a modalidade civil; por outro lado, se a medida aplicada visa a punir o *contemnor* pela ofensa que sua recusa em cumprir o ordenado representa, está-se diante do *contempt* criminal[29]. Na realidade, como explica o Instituto Judicial do Estado de Michigan, nos Estados Unidos:

> *"the sanctions for criminal contempt are punitive in nature. They are intended to preserve the court's authority by punishing past misconduct through imposition of a fixed sanction where there is no opportunity or need for the court to compel the contemnor's compliance with its order."*[30]

Assim, resta claro que, para classificar o *contempt* em civil ou criminal não importa a conduta em si, tampouco a medida passível de aplicação, mas tão somente o propósito da reação. Na prática, todavia, nem sempre é fácil identificar exatamente diante de qual das modalidades se está, principalmente porque uma sanção por *contempt* com caráter coercitivo terá, ao menos em parte, caráter também punitivo, já que a ameaça só tem efeito em decorrência da punição nela implícita. [31]

Apesar das dificuldades de determinação, a classificação tem grande importância prática, já que, diversamente do *civil contempt,* a aplicação do *criminal contempt* exige algumas garantias processuais típicas de um processo penal comum.[32] Ademais, a distinção é de extrema relevância para os propósitos do presente trabalho, que tem como foco o estudo da utilização da restrição de liberdade com finalidade coercitiva, cujo principal parâmetro é exatamente o *civil contempt of court.*

Por essa razão é que os próximos tópicos limitar-se-ão ao aprofundamento da modalidade coercitiva do instituto, a fim de que possamos conhecer seu procedimento e as medidas passíveis de aplicação.

---

29 - HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **Op. cit.,** p.202.

30 - MICHIGAN JUDICIAL INSTITUTE. **Contempt of Court Benchbook - Fourth Edition Cover and Acknowledgment,** p. 2-5. "As sanções por *criminal contempt* são punitivas por natureza. Elas intencionam preservar a autoridade da corte, punindo as más condutas passadas, através da imposição de uma sanção fixa, sem a necessidade de compelir o sujeito a cumprir sua ordem." (trad. livre)

31 - CORDRAY, Margareth Meriwether. North Carolina Law Review, nº 407**.** *apud* BAUERMANN, Desirê. **Op. cit.,** p. 33.

32 - LIVINGSTON, Margit. **Desobedience and contempt,** Washington Law Review, nº 345, p. 346-348. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1337243>, acesso em 02 de fevereiro de 2016.

1.1.3 Civil Contempt e execução indireta: medidas e procedimento

Embora, no contexto geral, vise à proteção da dignidade e da autoridade das cortes, é importante notar que o *civil contempt* tem como função imediata impedir *"violation of a decree made for the benefit of an adverse party"*[33]. Assim, acaba por representar, na realidade, uma potente medida de execução indireta, utilizada com o propósito de conduzir ao cumprimento da decisão judicial, por meio da conjugação de meios executivos de coerção.[34]

Os principais meios coercitivos aplicados a título de *contempt of court* são a multa e a prisão, embora uma variada gama de medidas possa ser utilizada ao arbítrio do juiz, como, por exemplo, o sequestro coercitivo e a perda de direitos processuais.[35]

Como se percebe, portanto, o Direito anglo-americano lança mão de medidas coercitivas muito interessantes, que se mostram bastante úteis a um sistema que esteja buscando exemplos, como é o caso do nosso.[36] Dentre elas, merece destaque a prisão civil, medida mais frequentemente utilizada nos sistemas de *Common Law*, ante sua grande contribuição para a efetividade do processo, em especial nas situações em que a parte recalcitrante não possui patrimônio ou se utiliza de manobras para impedir o judiciário de atuar sobre os seus bens.[37]

1.1.3.1 A prisão coercitiva: procedimento e cuidados

Embora louvada a utilização da restrição de liberdade como medida coercitiva, verifica-se uma preocupação geral no sentido de evitar seu uso abusivo, principalmente porque se entende que, nesses casos, o juiz acaba por concentrar poderes excessivos, desempenhando não apenas a função judiciária, mas também a legislativa e a executiva.[38] Assim, não obstante, conforme mencionado, a aplicação das medidas a título de *civil contempt,* em especial da prisão, prescinda de um processo autônomo que siga o procedimento criminal, não podem ser impostas sem a observância de outras garantias processuais.[39]

Por isso, exige-se um procedimento incidental, que pode ser resumido da seguinte forma: inicialmente, deve o *contemnor* ser intimado pessoalmente

33 - "violação de uma ordem preferida em benefício de uma parte adversa." DOBBS, Dan B. **Contempt of Court a Survey.** Cornell Law Review, v. 56, 1973, p. 241. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3844&context=clr>, acesso em 03 de fevereiro de 2016.
34 - ZARONI, Bruno Marzullo. **Op. cit.,** p. 130-131.
35 - GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias**: o contempt of court. Revista de Processo. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 223.
36 - GUERRA, Marcelo Lima. **Op. cit.,** p. 317.
37 - SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim. **Op. cit.,** p. 92-93.
38 - MERIWETHER, Margaret. **Disobediente and contempt** *apud* BAUERMANN, Desirê. **Op. cit.,** P. 51.
39 - HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **Op. cit.,** p. 203.

para tomar ciência da decisão judicial que lhe impõe determinada conduta, a qual deve informar, desde logo, sobre a possibilidade de incidência das medidas coercitivas, como a prisão. A ordem emitida pela corte deve, por sua vez, ser clara, não contendo ambiguidades que possam induzir o destinatário a erro. Uma vez descumprido o comando, é irrelevante a prova de má-fé, bastando a prova objetiva do não cumprimento. Contudo, deve-se avaliar se a ordem judiciária desrespeitada é realmente passível de ser obedecida.[40]

Verificados todos esses requisitos, a coerção só pode ser aplicada depois de citada a parte para tomar conhecimento das condições de revogação da medida e para oportunizar-lhe a justificação. Caso demonstre que, mesmo com o emprego de todos os esforços possíveis, não há possibilidade de cumprimento, a medida não incidirá. Além dessa situação, contudo, poucas são as defesas oponíveis, como adverte Desirê Bauermann, pois, na maioria dos casos, a desobediência não é involuntária.[41] Assim, em regra, a incidência da coerção só será afastada caso se comprove a inobservância de algum dos requisitos do procedimento acima especificado, como é o caso em que a parte não teve conhecimento da ordem ou esta não atende o requisito da clareza, impossibilitando o exato cumprimento.

Para que tenha caráter efetivamente coercitivo, a medida deve ser aplicada até que haja o cumprimento da ordem, ou seja, por tempo indeterminado. Como assevera Dan B. Dobbins, "*the sanction must be a coercive (and indeterminate) one that will be lifted immediately upon the contemnor's compliance with the court order."*[42] Assim, no caso da prisão, diz-se que "o preso guarda no próprio bolso a chave do cárcere", pois, para sair da prisão, basta que adote o comportamento prescrito pelo juiz, seja ele negativo ou positivo.[43] Se assim não fosse, a medida teria diminuto efeito coercitivo, revestindo-se, em verdade, de caráter eminentemente punitivo. Assim funciona a sanção por *criminal contempt*, como explicou a Suprema Corte dos Estados Unidos, caso em que *"the defendant is furnished no key, and he cannot shorten the term by promising not to repeat the offense. Such imprisionment operates not as a remedy coercive in its nature, but solely as punishment for the completed act of disobedience."*[44]

40 - GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court...cit.,** p. 223.

41 - BAUERMANN, Desirê. **Op. cit.,** p. 33

42 - "a sanção deve ser de tal modo coercitiva (e indeterminada), que será de imediato revogada pela observância ao comando da corte." DOBBINS, Dan B. **Op. cit.,** p.267.

43 - ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro.** Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2016.

44 - "ao réu não é fornecida chave e ele não pode encurtar a pena, pela simples promessa de não repetir a ofensa. Tal aprisionamento opera não como medida coercitiva, mas unicamente como punição pelo já acabado ato de desobediência." Gompers vs. Buck Stove & Range Co. (1911)

Nesse ponto, um questionamento que comumente surge é quanto à possibilidade de cumprimento da ordem depois que o sujeito recalcitrante é preso. Seria a medida contraditória por intencionar a realização do comando, mas acabar por retirar as condições para tanto? Para Dobbins, esse problema é mais teórico do que real. Caso a ordem não possa ser cumprida dentro da cadeia, basta que o réu expresse sua intenção de fazê-lo para que o juiz determine sua soltura. Questionamento similar aparece, ainda, quando a decisão judicial impõe um não fazer ao destinatário, pois, nesse caso, entende-se que não haveria jeito de o *contemnor* demonstrar, depois de preso, a observância ao comando judicial. Mais uma vez, a situação parece não importar em grandes problemas práticos, pois basta que o sujeito expresse sua intenção de evitar futuras violações. É claro que em ambos os casos a soltura do indivíduo pode não ter o resultado esperado, já que, ao ser posto em liberdade, ele pode simplesmente trair a confiança da corte e não cumprir a determinação. Todavia, *"it seems better to risk his doing so than to keep him in jail on a civil contempt sentence after he expresses a desire to comply with the order"*.[45] Ademais, ao assim agir, o sujeito pode acabar incidindo em *criminal contempt*, já que a traição à confiança da corte significa grande ofensa à dignidade da justiça.

Em verdade, o que se verifica, na prática, é que o *contemnor* sempre acaba por cumprir o comando antes que possa ser preso ou assim que tem sua liberdade restrita. Para ilustrar a efetividade da medida, Frederico Koehler menciona o caso de um proprietário de *site* americano, que, temendo uma possível punição por *contempt of court,* decidiu apagar toda a matéria de sua página na *internet,* embora tivesse apelado da decisão da Corte Distrital dos Estados Unidos que determinou a exclusão do conteúdo*,* em razão da imprecisão quanto à extensão do dever[46]

Contudo, apesar de a regra ser a indeterminação do prazo de prisão, há uma preocupação em se regular o regime do aprisionamento, evitando possíveis arbitrariedades por parte dos juízes. Nesse contexto, é comum se verificar, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, a previsão de normas estabelecendo um limite temporal à restrição de liberdade coercitiva. No primeiro, há normas regulando a matéria em praticamente todos os estados. Já no sistema britânico, há previsão legal fixando, em todo o país, o tempo máximo de prisão civil coercitiva em dois anos, caso a medida seja aplicada por corte superior, ou em um ano, se determinada por juízo inferior.[47]

45 - "parece melhor arriscar que ele agirá do que manter ele na prisão por *civil contempt* depois de ele ter expresso o desejo de cumprir a ordem." DOBBINS, Dan B. **Op. cit.,** p. 269.
46 - KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo.** 2. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 292.
47 - BAUERMANN, Desirê. **Op. cit.,** p.47.

Além da limitação temporal, circunstâncias do caso concreto podem limitar a manutenção da prisão. Entre elas, podemos citar a invalidade da decisão que a autoriza e a constatação da sua incapacidade coercitiva. É comum que o indivíduo se demonstre incoercível em decorrência de convicções religiosas, de problemas familiares ou, até mesmo, de questões de ética profissional. Nesses casos, a prisão pode não ter o efeito coercitivo esperado, de forma que, ao verificar tal situação, deve o juiz pôr a parte imediatamente em liberdade.

Por fim, vale mencionar que o preso por *civil contempt* goza dos mesmos privilégios de quem ainda não mereceu a reprovação criminal definitiva, de sorte que pode vestir suas próprias roupas, manter contato com outros presos e receber alimentação da família.[48]

Assim, respeitado o procedimento acima exposto, não se verifica problema na maioria dos casos.[49] Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover, grande admiradora da prisão civil coercitiva,

> *"*as maiores críticas do contempt dirigem-se ao criminal (punitivo), sobretudo pela sumariedade na aplicação da pena e pelo fato de ser o próprio juiz quem decide a respeito da aplicação. Quanto ao civil, critica-se o direto, porque autoriza imediata prisão. **O contempt civil indireto, contudo, praticamente não sofre críticas e se afirma a impossibilidade de admitir sua inexistência, sem graves riscos para a efetividade das decisões judiciais.** *"*[50] (grifos acrescidos)

Todavia, apesar do grande sucesso da medida no sistema de *Common Law,* sua aplicação ainda é muito criticada pela doutrina nacional, conforme será demonstrado em tópico específico. Por isso, muitos dos processualistas que rejeitam a prisão civil como medida de execução indireta vislumbram potencial coercitivo, e legitimidade, na restrição da liberdade como resultado de um processo criminal. No próximo tópico, portanto, apresentaremos o entendimento segundo o qual a conduta do sujeito que se nega a atender aos comandos judiciais deve merecer a reprimenda penal.

1.2 Prisão criminal e coercibilidade: aprisionamento pelos crimes de desobediência, prevaricação e resistência como medida de execução indireta.

Conforme já mencionado, há forte tendência no sentido de não se admitir a legitimidade da prisão civil coercitiva no ordenamento jurídico brasileiro,

48 - CASTRO, Flávia da Cunha e. **Tutela Jurisdicional Efetiva:** Artigo 461, § 5º, do código de processo civil e o contempt of court. v. 7. Londrina: UNOPAR Ciênt., mar. 2006, p. 111

49 - DOBBINS, Dan B. **Op. cit.,** p. 268.

50 - GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court...cit.**, p. 223-224.

principalmente sob o argumento da limitação encontrada no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Nesse contexto, nomes como Eduardo Talamini, José Miguel Garcia Medina e José Carlos Barbosa Moreira defendem a aplicação da sanção penal pelo descumprimento de provimentos jurisdicionais civis, principalmente por entenderem que somente ela volta-se primordialmente contra a ofensa à autoridade do Estado, e não contra o inadimplemento do dever material que é objeto do provimento inobservado.[51]

A conduta do sujeito que desrespeita os comandos judiciais pode configurar, na prática, os crimes de desobediência (art. 330 do Código Penal), cuja conduta típica é a de desobedecer a ordem legal de funcionário público; de prevaricação (art. 319 do Código Penal), que consiste em retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal; e de resistência (art. 329 do Código Penal), configurado quando o sujeito ativo opõe-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

Assim, dando ênfase à função preventiva da sanção penal, defendem que a ameaça de sofrer a reprimenda pelos crimes acima mencionados faz com que o indivíduo se comporte da forma esperada e cumpra os comandos judiciais. Nas palavras de Barbosa Moreira, "não resta dúvida de que a ameaça de punição a tal título, mediante processo-crime, pode assumir força de coerção ponderável sobre o ânimo do réu, induzindo-o ao cumprimento do preceito emitido pelo órgão judicial."[52]

Garcia Medina entende, inclusive, que a possibilidade de incorrer em um desses crimes é a própria peculiaridade da tutela mandamental[53], de forma que é desnecessário cumular qualquer outra medida coercitiva à ordem. Para o autor, a mandamentalidade decorre do *imperium* jurisdicional, razão pela qual o descumprimento da ordem judicial, por si só, já acarreta várias sanções civis e criminais, como é o caso da configuração do crime de desobediência.[54]

Conforme já mencionado, tal tendência vem sendo cada vez mais utilizada no sistema processual brasileiro, principalmente no sentido de tipificar o não cumprimento à ordem judicial como crime de desobediência.[55]

51 - TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)...cit.**, p. 305.

52 - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas... cit.,** p. 72

53 - A tutela mandamental encerra forma indireta de execução e se caracteriza, em regra, pela expedição de uma ordem reforçada por uma medida coercitiva para que o próprio demandado cumpra a determinação.

54 - MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução... cit.**, p. 281-282.

55 - Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A configuração do delito de desobediência exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. 2. **Comprovada**

Além da possibilidade de incorrer na previsão genérica do art. 330 do Código de Processo Penal, tem o legislador inovado no ordenamento, com a criação de normas em que a configuração do crime de desobediência por descumprimento de comando judicial é expressamente prevista, como é o caso da já mencionada Lei 12.016 de 2009, conhecida como Lei do Mandado de Segurança e, principalmente, do novo Código de Processo Civil, que, em diversos dispositivos[56] prevê a possibilidade de responsabilização do sujeito recalcitrante por crime de desobediência. Nesse sentido, vale mencionar o disposto no § 3º do art. 536 do CPC de 2015, que, tratando do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, assim proclama: "o executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, **sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.**" (Grifos acrescidos)

Todavia, não obstante se possa verificar certo caráter coercitivo na criminalização da conduta desrespeitosa, há de se perceber que consiste em "valor simbólico na confirmação da autoridade judicial na solução daquele tipo de pendência".[57]

Primeiramente, porque, sendo medida punitiva, deve ser efetivada independentemente de ulterior cumprimento da ordem judicial, de forma que a simples desobediência já pode ensejar o flagrante delito, e a medida perde todo o elemento coercitivo que tanto interessa ao direito processual civil. Ademais, a não ser em caso de flagrante, quando qualquer um do povo pode deter o criminoso, o juiz civil é incompetente para ordenar a prisão penal do sujeito recalcitrante, de forma que jamais poderá impor a prisão em decorrência da simples desobediência ao seu comando, tal como se estivesse aplicando uma medida processual civil de execução indireta.[58] Deve, portanto, requisitar ao Ministério Público o início da ação criminal, pois, apenas sob a égide do processo penal, pode ser determinada a restrição de liberdade.

---

a notificação pessoal do paciente acerca da decisão do Tribunal de Justiça, o seu descumprimento caracteriza, em tese, o crime de desobediência, podendo justificar sua prisão em flagrante. 3. Ordem denegada. (STJ - HC: 84664 SP 2007/0133662-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 08/09/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2009).

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA DIREITO À SAÚDE. EXAMES E MEDICAMENTO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO. APURAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE. - Comprovada a gravidade do quadro clínico e a urgência dos exames e medicamentos pleiteados, restam preenchidos os requisitos autorizadores da determinação judicial tendente a compelir a administração pública a prestar atendimento específico ao particular. - **Havendo descumprimento da ordem judicial pela autoridade competente, é possível a apuração de eventual crime de desobediência.** (TJ-MG - REEX: 10657130014142001 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 03/03/0015, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/03/2015).

56 - Art. 403, parágrafo único; art. 524, § 3º; art. 529, § 1º; art. 846, § 3º e art. 912, § 1º.

57 - ASSIS, Araken de. **Op. cit.**

58 - TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)...cit.**, p. 313.

Todavia, mesmo seguindo esse procedimento, não se vislumbra a efetividade da medida, pois, normalmente, a prisão só poderá ser decretada se decorrente de sentença condenatória. Isso porque, a imposição de prisão preventiva não guarda relação com o possível caráter coercitivo que pode assumir, mas somente pode ser utilizada nas restritas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal[59] e desde que presentes os pressupostos do art. 313 do mesmo diploma[60], o que é raro de acontecer, principalmente porque, conforme será analisado, os crimes usualmente imputados ao sujeito renitente têm penas máximas muito inferiores a quatro anos, não cumprindo, portanto, o requisito para a decretação da preventiva, disposto no inc. I do retromencionado art. 313 do Código Penal.

Até no que se refere à prisão em flagrante, outrossim, não se pode olvidar que a tendência moderna do direito penal é no sentido de reduzir o emprego da pena restritiva de liberdade, o que se verifica perfeitamente na edição da Lei 9.099 de 1995, que sujeitou os crimes considerados de menor potencial ofensivo, entre os quais se encontram os crimes acima indicados, com exceção do crime de resistência, ao regime mais brando dos Juizados Especiais Criminais.[61] Nos termos do parágrafo único do art. 69 da supramencionada Lei, é vedada a prisão em flagrante do réu, desde que encaminhado diretamente ao JECrim ou desde que se comprometa, mediante termo nos autos, a comparecer posteriormente.

Por fim, ainda que a possibilidade de aplicação final da pena, depois de todo o moroso processo penal, apresente algum potencial coercitivo, há de se pensar, como adverte Cássio Scarpinella Bueno, que um dos princípios fundantes dos Juizados Especiais Criminais é, sempre que possível, proceder com a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicar penas não privativas de liberdade.[62] Assim, na maioria dos casos, quando não ocorrer a prescrição,

59 - **Art. 312**. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. **Parágrafo único**. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

60 - **Art. 313.** Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: **I** - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; **II** - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; **III** - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. **Parágrafo único**. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

61 - ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit.**

62 - BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Tutela jurisdicional Executiva. 4. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 475.

já que o prazo prescricional é curto em decorrência das reduzidas penas cominadas, o que se verifica, ao fim da processo, é a imposição de penas alternativas, a suspensão condicional do processo ou a transação penal, o que revela a quase inviabilidade do uso da prisão criminal como técnica coercitiva para obter o cumprimento de ordem judicial.

Questão importante a se pontuar em relação ao tema é, ainda, o fato de grande parte da doutrina e da jurisprudência nacional entender que o funcionário público não pode cometer os crimes de desobediência e resistência, mas tão somente o particular, em razão de tais tipos penais estarem localizados em capítulo do Código Penal que elenca os crimes praticados por particular contra a Administração em geral.[63] Assim, o que se verifica, na prática, é que o tipo penal de desobediência abre flancos para a não caracterização do crime, e, assim, a Administração, vencida em juízo, é a primeira a opor-se injustificadamente às ordens judiciais.[64] Para a satisfatória utilização do tipo penal como remédio à desobediência das ordens judiciais, seria necessária, como sugere Koehler, para quem a identificação do sujeito ativo de um crime só deve ser feita com base no disposto no tipo penal, uma evolução da jurisprudência dominante, no sentido de admitir a tipificação da conduta desobediente do funcionário público.[65]

Ciente desses problemas, Araken de Assis sugere a criação de novo tipo penal específico, cominando pena elevada, quiçá tornando-o inafiançável.[66] Todavia, conforme mencionado acima, mais do que os problemas de ordem prática, deve-se perceber que a utilização da criminalização como forma de coerção é, em si mesmo, problemática. Isso, porque, a partir do momento que a parte descumprir a ordem judicial, a sanção penal incidirá, independentemente de qualquer conduta ulterior daquela no sentido do cumprimento do comando judicial. Dessa forma, acaba por assumir caráter exclusivamente punitivo, mostrando-se, portanto, imprestável a exercer pressão psicológica sobre o sujeito recalcitrante, o que foge completamente aos fins visados pela processualística civil.

63 - CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 395- 396

64 - GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do "contempt of cout" brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). **Direito Processual (inovações e perspectivas):** estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. CALMON, Eliana, BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

65 - KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Op. cit.**, p. 286-287.

66 - ASSIS, Araken de. **Op. cit.**

2. DA ADMISSIBILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO CIVIL COERCITIVA NO DIREITO PÁTRIO

2.1 Razões da resistência à utilização da prisão civil coercitiva no direito brasileiro

Muitos são os argumentos utilizados para vedar a possibilidade de reconhecimento da restrição de liberdade como meio coercitivo à disposição do Judiciário brasileiro, a fim de fazer valer seus comandos. O principal e mais forte debate travado entre os estudiosos do direito processual civil nacional gira em torno da constitucionalidade da medida, em razão da vedação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que reza: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel[67]".

Entende-se que o dispositivo constitucional relega a prisão civil, inclusive na modalidade coercitiva, à excepcionalidade, só permitindo-a, depois da consolidação do entendimento segundo o qual é ilegal a prisão do depositário infiel, no caso expressamente mencionado de dívida de caráter alimentar. Nesse sentido, Garcia Medina explica que, quando a Constituição Federal veda a prisão civil por dívidas, não está se referindo apenas a possibilidade de prisão como meio de "satisfação" da dívida, mas também seu emprego como meio coercitivo, por entender que, nesse caso, a prisão decorre exatamente da dívida.[68] No mesmo sentido, Eduardo Talamini argumenta que a prisão civil vai sempre depender de uma prévia ordem judicial veiculadora da cominação, de modo que, não obstante o texto constitucional não fale expressamente, mesmo no caso de dívida alimentícia, a medida é decorrente do descumprimento da ordem judicial, e não da violação do dever objeto da tutela processual civil. Assim, defende que a prisão coercitiva não é matéria ignorada pela Constituição, mas que, ao contrário, é reconhecida e, inclusive, limitada pelo texto magno, o qual prevê que "a única prisão civil admissível é a por descumprimento de ordem judicial expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".[69]

Sobre a discussão envolvendo o alcance do texto constitucional, cumpre mencionar, ainda, a lição de Ovídio Baptista, para quem o fato de

67 - Ressalte-se que, não obstante exista a previsão, a prisão civil do depositário infiel não é mais permitida em nosso ordenamento desde que o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que vedam tal possibilidade. Tendo em vista que a internalização de tratados internacionais relativos aos direitos humanos tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional com ele conflitante, a prisão civil do depositário infiel deixou de ter aplicabilidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou, inclusive, a súmula vinculante 25, que reza: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

68 - MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução... cit.**, p. 280.

69 - TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer... cit.,** p.303-304

a Constituição se referir à vedação da "prisão por dívidas" não significa que fica autorizada a prisão civil por obrigações de caráter não monetário, pois entende que, se assim fosse, não faria sentido a antiga exceção para o caso de depositário infiel, a qual não ostenta a característica pecuniária.[70]

Além do entendimento no sentido da inconstitucionalidade da utilização da prisão por descumprimento de ordem judicial, há quem entenda que, não obstante o dispositivo constitucional não vede a medida, ela é inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da inexistência de disposição legal que a autorize. No entendimento de Paulo Afonso Vaz, o legislador poderia ter autorizado a prisão civil no art. 14 do CPC, por exemplo, sem violar o dispositivo constitucional, todavia, tendo optado por não fazê-lo, não se pode preceituar a legitimidade do instituto.[71] No mesmo sentido, há quem entenda que, neste delicado e controvertido assunto, é preciso ter em mente a estrita legalidade, de forma que, se o direito pátrio ignorou a medida, não há espaço para sua utilização.[72] Há, ainda, vozes no sentido de que a falta de regulamentação especifica, principalmente acerca do procedimento, inviabiliza o uso do mecanismo, por desatender ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". [73]

A par da questão meramente textual, outros óbices de natureza axiológica e sociológica são postos à utilização da prisão civil coercitiva. Na realidade, como explica João Calvão da Silva, é principalmente no plano de valores que a opção de política legislativa pela coerção patrimonial, com exclusão da coerção pessoal, encontra fundamentos.[74]

Essa resistência, que, inclusive, motivou a edição da retromencionada disposição constitucional, teve origem em um processo de despatrimonialização do direito das obrigações, isto é, em um movimento de humanização das relações jurídicas, consubstanciado, principalmente, no abandono da antiga *obligatio personae,* como era denominada em Roma, conhecida por dar ao credor o direito de exigir, em razão do débito, o corpo do devedor.[75] Assim, pois, a superação da ideia de que a pessoa era patrimônio, ou seja, de que a histórica coisificação do devedor, praticada desde a Antiguidade, não poderia mais prosperar face à proteção dos direitos inerentes ao homem, acabou por deslocar da pessoa do devedor para o seu patrimônio a responsabilidade pelo inadimplemento da dívida e, assim, acabou por dar origem a uma intensa

70 - SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 574.
71 - VAZ, Paulo Afonso Brum. **Op. cit.,** p. 166.
72 - CASTRO, Flávia da Cunha e. **Op. cit.,** p. 111.
73 - ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit.**
74 - SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.** 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 389.
75 - MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 3. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 8.

campanha pela completa abolição da prisão por simples dívida.[76]

Mais tarde, a consagração do direito à liberdade, depois de um longo período de lutas que culminou na Revolução Francesa, a consolidação do estado social, em decorrência das graves consequências da Revolução Industrial e, por fim, o estabelecimento da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, no pós-guerra, acabaram por dar ainda mais força às discussões envolvendo a restrição civil de liberdade. Não à toa, foi a Constituição de 1934 que adotou, pela primeira vez em nosso país, a vedação da prisão civil por dívida, disposição que foi mantida pela Carta de 1946 e seguintes. [77]

Todavia, advirta-se, desde logo, que a prisão que, inicialmente, se visou extinguir, em decorrência da barbaridade que representava, foi aquela utilizada como substitutiva da dívida, ou seja, imposta justamente em decorrência da impossibilidade de o devedor arcar com o débito ou, ainda, nos casos em que, mesmo tendo condições de pagar, agisse com malícia.[78] Essa prática decorria do antigo pensamento de que o credor, em decorrência da dívida, poderia livremente dispor do devedor, isto é, de que este seria mercadoria sobre a qual aquele deteria direitos reais. Tal contexto é bem explicitado por Filangiere, na seguinte passagem:

> "Punir constantemente a insolvabilidade pela prisão; confundir a miseria com o crime; cobrir o innocente de toda a infamia da perversidade, em lhe arrancando a honra; forçal-o a renunciar a virtude; tirar de um homem de bem infeliz até a propriedade do seu corpo, que o destino inexoravel lhe ha deixado; fazel-o comprar, por um suplicio, muitas vezes eterno, o ligeiro allivio, que elle tinha obtido em seu infortunio; condemnar à inacção, aos tormentos e aos vicios, que a acompanham, aquelle que não tem mais os seu braços, ou os esforços do seu espirito, para fazer subsistir sua familia e pagar seu credor; privar a sociedade de um homem que não a tem offendido, e que lhe poderia ser util; das a um credor implacavel o poder de conservar o seu devedor neste estado de opprobio e de desolação tanto tempo quanto elle quizer, e de satisfazer sua vingança com as armas da lei; em uma palavra, offender a justiça, ultrajar os direitos mais preciosos do homem e do cidadão, e multiplicar as infelicidades da indigencia, sem favorecer as propriedades – taes são os abusos da prisão por dividas, estabelecido em todos os paizes da Europa mesmo entre aquelles que mais se gloriam da sua humanidade e de sua liberdade."[79]

76 - SOUZA, Mário Guimarães de. **Da prisão civil.** Recife: Jornal do Commercio S.A., 1938, p. 95
77 - FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1989, p.193-194.
78 - ARENHART. **Op. cit.**
79 - FILANGIERE *apud* SOUZA, Mário Guimarães de. **Op. cit.,** p. 95.

Apesar disso, o movimento de humanização do direito acabou por exercer grande influência também na recente discussão acerca da legitimação da prisão civil como meio coercitivo. Assim, muito além da problemática estritamente legal (ou constitucional, como é o caso), elevou a discussão acerca da viabilidade da incorporação da medida ao patamar dos direitos fundamentais, em especial à compatibilidade da prisão civil por descumprimento de ordem judicial com a realização dos direitos à liberdade, ao devido processo legal e à própria dignidade humana.

Assim, pois, verifica-se que parte expressiva da doutrina e da jurisprudência nacional entende que a prisão civil, mesmo na modalidade coercitiva, constitui flagrante violação aos princípios fundamentais do direito, principalmente em decorrência da degradação do sistema prisional brasileiro, das condições sub-humanas de vida do detento e da humilhação do cárcere.[80] Na realidade, a prisão civil é, em si, tema que ainda provoca calafrios nos processualistas e que constitui verdadeiro tabu entre os defensores dos direitos humanos, os quais entendem que a aflição provocada pela restrição de liberdade é tão severa que só seria justificável em decorrência da prática de crime, jamais por razões civis.[81] Nesse sentido, é a opinião de Joel Dias Figueira Júnior, que, ao analisar a proposta de utilização da medida, desenvolvida por Sérgio Cruz Arenhart, asseverou:

> "vemos com muita cautela e ressalva a tese de natureza puramente civil da prisão (de cunho processual) nos termos em que se afigura definida pelos eminentes professores paranaenses, à medida que, em nosso modesto entender, parece um tanto quanto temerária, levando-se em conta o sério risco de colidir com preceitos constitucionais de caráter excepcionalíssimo (somados aos tratados internacionais relacionados com o tema de exceção), e, sobretudo, por pensarmos que, nada obstante tratar-se de prisão de origem instrumental civil, os seus efeitos jurídicos são de ordem inarredavelmente criminal,..."[82]
>
> Em suma, uma das grandes razões da rejeição da utilização da prisão civil como medida coercitiva é o entendimento de que a restrição de liberdade constitui "remédio heróico, só aplicável em casos extremos, porque violento e vexatório"[83]

80 - CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e prisão civil:** o contempt of court no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 86.
81 - CÉSAR, Haidée Padrão Pinto. Prisão coercitiva: possibilidade em face do § 5º do art. 461 do CPC. **Revista de Processo.** n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008, p. 104- 122, p. 117.
82 - FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil.** *apud* Arenhart. **Op. cit.**
83 - CASTRO *apud* ASSIS, Araken de. **Op. cit.**

2.2 Art. 5º, LXVII, da CF e tratados internacionais de que o Brasil é signatário: vedação de prisão "por dívidas"

Conforme analisado acima, um dos principais argumentos contrários à aplicação da prisão civil coercitiva no direito brasileiro é o de sua inconstitucionalidade, em decorrência do previsto no art. 5º, LXVII, da CF, que veda a prisão por dívidas, excepcionando a de obrigação alimentícia. Além da Carta Magna, defende-se a inaplicabilidade da medida também em decorrência da adesão do Brasil **à Convenção Am**ericana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que, internalizados em caráter supralegal, parecem, também, afastar a possibilidade de se prender em decorrência de dívidas.[84]

Para resolver a controvérsia, "a determinação do exato alcance dessa norma constitucional é uma questão prejudicial, que não pode ser desprezada pelo intérprete".[85] Isso, porque a falta de atenção dada ao termo "dívida", utilizado também nos dispositivos dos pactos internacionais, é a principal responsável pelo tabu em que o tema se transformou, tendo em vista que o termo comporta entendimentos diversos, cuja determinação é essencial a aferição da constitucionalidade ou não da prisão civil coercitiva.

Conforme já estudado, processualistas de renome defendem que a medida não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, justamente por entenderem "dívida" como obrigação civil *tout court,* ou seja, por não admitirem a prisão civil como medida coercitiva para a satisfação de qualquer pura e simples obrigação civil.[86] Para eles, a vedação prevista no texto magno não se limita a questões pecuniárias, mas se destina a proibir, em verdade, toda restrição de liberdade civil, que não as expressamente excetuadas, já que, diante da necessidade de comando do órgão jurisdicional para determinar a prisão, esta será sempre decorrente de ordem judicial. Assim, e por entenderem que o caso de descumprimento de ordem judicial não constitui nova situação em que é possível a prisão civil por dívidas, rechaçam por completo a aplicação da medida no sistema pátrio.

Todavia, tal interpretação acaba por esvaziar, por completo, o sentido da colocação da expressão ao final da vedação e, como adverte Konrad

84 - Conforme voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466343, precedente representativo da controvérsia acerca da prisão do depositário infiel, julgado em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 03 de dezembro de 2008 e publicado no diário da justiça eletrônico em 05 de junho de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>, acesso em 24 de fevereiro de 2016.
85 - GUERRA, Marcelo Lima. **Op. cit.,** p. 329.
86 - Ibidem, p. 329.

Hesse, a "interpretação está vinculada a algo estabelecido"[87], de modo que, "onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição".[88] Assim, é necessário atentar à existência da expressão, buscando a real intenção do constituinte, pois, como ensina Sérgio Cruz Arenhart: "Se o preceito é claro em limitar sua disciplina à prisão civil *por dívida*, não há dúvida de que não está a Constituição Federal tratando de qualquer espécie de prisão civil, mas apenas àquela ligada a certas situações, que o constituinte resolveu ligar à ideia de dívida".[89]

Por esse entender, muito embora, conforme será demonstrado, ainda existam divergências de interpretação quanto **à** real abrangência da locução, autorizada doutrina concorda que a expressão "dívidas" não é utilizada na Constituição Federal como termo técnico, mas que deve ser apreendida em sua acepção comum, ou seja, no sentido de inadimplemento de prestação pecuniária.[90] Nesse sentido, inclusive, foi a lição de Pontes de Miranda, para quem a Constituição não proibira a prisão daquele que não cumpre um mandamento judicial, mas tão somente a prisão civil por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas.[91]

A partir do entendimento acima exposto, a maioria dos defensores da prisão por descumprimento de ordem judicial entende que somente é vedada a medida utilizada como forma de coagir alguém a pagar uma determinada quantia, isto é, que o constituinte, visando proteger a liberdade em face do patrimônio[92], impediu a determinação da prisão civil coercitiva somente quando a obrigação inadimplida é de pagar quantia, admitindo exceções nos casos em que estejam em jogo outros valores mais elevados que o patrimônio e tão importantes como a liberdade, como é a subsistência do alimentando no caso da dívida alimentícia.[93] Dessa forma, defendem que, diversamente

87 - HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland). Trad: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.69-70.

88 - Ibidem, p.69-70.

89 - ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit.**

90 - Para Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, havendo dúvidas sobre a tecnicidade de uma palavra na norma constitucional, deve-se entendê-la em seu sentido comum, porque a Constituição é um documento público, diverso dos setores do direito ordinário, onde a preferência recai sobre o sentido técnico. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1982, p.20.

91 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil:** arts. 796-889. tomo. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 326.

92 - Esse também foi o posicionamento, já em relação à Constituição de 1946, do constitucionalista Themístocles Brandão Cavalcanti, para quem ninguém deve ser privado de sua liberdade, por razão de simples inadimplemento de obrigação pecuniária, com exceção dos casos do depositário infiel e do inadimplemento de obrigação alimentar. CAVALCANTI, Themístocles Brandão**. A Constituição Federal Comentada**, v. 3. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1949, p.245.

93 - GUERRA, Marcelo Lima. Prisão civil de depositário infiel e princípio da proporcionalidade. **Revista de Processo.** n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 34- 42, p. 41.

do apontado pelos críticos, tanto a prisão do depositário infiel (se ainda fosse admitida) quanto a do devedor de alimentos foram excepcionadas em razão de características próprias que exigem tratamento diferenciado, mas constituem prisão por dívidas na acepção pecuniária, tendo em vista que a primeira é quantia em dinheiro e a segunda pode nele se converter, na falta do bem dado em depósito.[94]

Um dos maiores expoentes desse posicionamento é o processualista Luiz Guilherme Marinoni, para quem "a doutrina, consciente da importância da natureza não patrimonial de certos direitos, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais da sociedade".[95] E continua: "se a medida constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo, diante da necessidade de observância de deveres de não fazer e de deveres de fazer que não dependam do desembolso de dinheiro".[96] Assim, portanto, entende que uma coisa é vedar a prisão por dívidas; outra, completamente diferente, é vedar a prisão como meio de coagir o destinatário da ordem a cumprir um dever de fazer ou de não fazer, que não exija a disposição de dinheiro ou de qualquer forma de patrimônio.

Há que se destacar, ainda, a posição de Fredie Didier, Leonardo da Cunha, Paula Braga e Rafael Oliveira, que entendem o termo "dívidas" como obrigação de conteúdo patrimonial, mas não necessariamente de conteúdo pecuniário. Para eles, a prisão civil coercitiva é cabível, em último caso, para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não-patrimonial, ou seja, direito sem conteúdo econômico, como é o caso do direito ao meio-ambiente.[97]

Por fim, em sentido diverso, destaca-se a opinião de Sérgio Cruz Arenhart, que, analisando o tratamento da prisão por dívidas no ordenamento brasileiro ao longo dos anos, defende que:

> "jamais houve a intenção de disciplinar a prisão civil em geral, mas apenas a de limitar a prisão civil para a obtenção do pagamento de dívida, multas ou custas, ante a responsabilidade patrimonial atrelada a esta espécie de obrigação, que torna esta via mais simples e rápida para a satisfação desta espécie de prestação."[98]

94 - MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil:** execução. v. 3. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85; No mesmo sentido é o entendimento de Themístocles Brandão, para quem, as exceções do depositário infiel e do inadimplemento alimentar, destinadas a obrigar a entrega dos dinheiros ou valores, apenas confirmam a regra geral da proibição. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Op. cit.,** p. 245.

95 - MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil... cit.**, p. 86

96 - Ibidem, p. 86-87

97 - DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** execução. v.5. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 471.

98 - ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit.**

O autor, de modo mais genérico, entende que a expressão "por dívidas" quer significar obrigações de origem contratual, ressaltando que ambas as exceções à regra determinadas pela Constituição Federal são casos de nítida relação obrigacional. Para ele, portanto, a prisão civil não é vedada quando utilizada como medida para pressionar a parte ao cumprimento dos comandos judiciais, ainda que imponham uma prestação de caráter obrigacional, já que, neste caso, o objetivo é a proteção da dignidade do judiciário e não simplesmente do débito. Ainda para justificar seu posicionamento, levanta questão de grande importância para a elucidação do problema: o fato de ser a Alemanha e o Reino Unido signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não obstante sejam países que sabidamente utilizam a prisão civil como técnica coercitiva.[99] Da mesma forma, João Calvão da Silva, que, por não entender líquida a inconstitucionalidade da prisão compulsória no direito português, aponta sua utilização, ainda nos tempos de hoje, em ordens jurídicas fortemente defensoras dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, como é o caso da Alemanha e da Inglaterra.[100]

Nesse sentido, defende-se que, em verdade, o direito brasileiro ignora "uma figura que corresponda, na sua amplitude, ao *contempt of court* dos ordenamentos anglo-saxônicos"[101]. Para entender esse posicionamento, é interessante proceder a uma interpretação histórica do dispositivo constitucional. Conforme já mencionado acima, os primeiros movimentos no sentido de abolir a prisão civil por dívidas visaram a extirpar do mundo jurídico a possibilidade de restringir a liberdade do devedor com caráter de escravidão, de vingança ou de simples penalidade em razão da insolvência, como era praticado no velho direito e mesmo na Idade Média. Assim, já na década de 30, defendia Mário Guimarães Souza que a vedação, incorporada pelos diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, justificava-se pela barbárie da antiga prisão por dívidas, não podendo subsistir nos casos em que é utilizada como medida compulsória pela legislação civil.[102] Nas palavras do autor,

> "prohibida uma das modalidades da prisão civil – e simplesmente por dívida –, não se pode dahi inferir, sem evidente attentado á lógica, que o legislador constitucional pretendesse também prohibir as demais sub-especies. Si elle tivesse visado tamanho objectivo, teria facilmente dito: "não haverá prisão civil".

99 - Ibidem.
100 - SILVA, João Calvão da. **Op. cit.,** p. 389.
101 - ARAKEN DE ASSIS. **Op. cit.**
102 - SOUZA, Mário Guimarães de. **Op. cit.,** p. 54.

Nessa visão, portanto, o art. 5º, LXVII, da CF não se destinaria a regular a prisão civil coercitiva nos moldes do *contempt of court*. Ao contrário, e é justamente nesse ponto que a defesa da prisão civil coercitiva ganha corpo, a dívida advinda do inadimplemento de uma obrigação pecuniária, de fato vedada pela Constituição e pelos já mencionados tratados internacionais, não se confundiria com aquela relacionada ao desrespeito à autoridade do juiz, e, assim, destinada à garantia da efetiva prestação jurisdicional, à qual o Texto Magno não teria feito qualquer referência.[103] Isso porque, como bem elucida Daniel Mitidiero, com base na lição de Álvaro de Oliveira,

> "o provimento jurisdicional apresenta outra força, outra eficácia, não se confundindo com o direito material, porque além de constituir resultado de trabalho de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial, exibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal."[104]

Nesse sentido, ressalte-se que, tanto o Pacto de São José da Costa Rica, como o próprio texto de nossa Constituição trazem, como exceção à regra da vedação da prisão por dívidas, a prisão em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Assim, muito embora a restrição de liberdade dependa sempre de uma ordem judicial para ser efetivada, é necessário perceber que, neste caso, não decorre do desrespeito ao judiciário, mas diretamente do inadimplemento da dívida, a qual autoriza, *per si,* a restrição de liberdade como medida para forçar o pagamento das prestações pecuniárias devidas, independentemente, inclusive, da aferição da viabilidade de adoção de outros meios coercitivos.

Todavia, não obstante o posicionamento acima seja muito interessante, é inegável que seu acolhimento depende do vencimento de muitas resistências ideológicas, e, principalmente, do entendimento de que a restrição de liberdade como forma de coagir a parte recalcitrante a cumprir uma ordem judicial não se trata de prisão por dívidas, relíquia da barbárie, triste e necessário efeito da miséria, mas, sim, de uma espécie de prisão por fraude[105], necessária à proteção da dignidade e da autoridade do judiciário, sem a qual, muitos direitos, embora proclamados, não poderiam ser efetivamente tutelados na prática.[106]

Seria, pois, necessário, antes de tudo, entender que, mesmo nos casos de dívida pecuniária, a prisão coercitiva seria determinada com a finalidade

103 - CARVALHO, Fabiano Aita. **Op. cit.,** p. 73.
104 - MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo:** o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>, acesso em 08 de março de 2016, p. 105-106.
105 - FILHO, Cândido de Oliveira *apud* SOUZA, Mário Guimarães de. **Op. cit.,** p. 58.
106 - MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil... cit.,** p. 87.

de manter a ordem e o interesse social, consubstanciados no poder atribuído ao Judiciário para resolver os conflitos a ele apresentados, não restringindo, portanto, a liberdade do sujeito desobediente em favor do patrimônio de algum credor, o que, exceto no caso de dívida alimentícia, é vedado, mas em favor de valor muito maior: a tutela jurídica efetiva. Essa é a mentalidade nos sistemas que adotam o *contempt of court.* Como adverte Desirê Bauermann, ao comentar sobre a utilização da medida nos EUA:

> "em nenhum momento tal prisão é considerada em decorrência de dívida, mas, sim, aplicada em busca do cumprimento da decisão judicial. Ninguém a tem como necessária para proteger o patrimônio do credor, mas para salvaguardar a instituição Poder Judiciário, garantindo e reafirmando o seu poder. Seu uso colima simplesmente o respeito à corte e às decisões judiciais."[107]

Assim, diversamente do que ocorria com a antiga e temida prisão por dívidas, o que se defende não é que seja mandado ao cárcere o sujeito que, não obstante esteja à disposição do órgão jurisdicional para cumprir as ordens a ele impostas, demonstre não ter condições financeiras de arcar com a decisão. Esse posicionamento, inclusive, é facilmente inferido do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que, em seu art. 11, estabelece que "*Ninguém poderá ser preso* ***apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual***" (grifado). Na realidade, se assim não fosse, conforme já estudado, a medida perderia toda a sua função coercitiva, posto ser o cumprimento da ordem impossível[108]. Assim, é necessário perceber que se proclama a incidência da medida sobre o devedor que, não obstante tenha condições de cumprir a ordem, age em desrespeito aos comandos judiciais e não os atende por malícia, como é o caso daquele que esconde seu patrimônio para se eximir do pagamento de seus débitos.[109]

Ressalte-se que, muito embora ainda se encontre muita dificuldade em se consolidar tal mentalidade em nosso ordenamento, não foi outra a justificativa dada pela Associação Brasileira dos Magistrados, quando da proposta, consolidada no já mencionado Projeto de Lei do Senado nº 132, de incorporação da prisão civil coercitiva ao antigo art. 14 do CPC de 1973.

107 - BAUERMANN, Desirê. **Op. cit.,** p. 131.

108 - Lembre-se que uma das condições de aplicação da prisão coercitiva a título de *contempt* civil e indireto é justamente a verificação da possibilidade de cumprimento. Sendo impossível o atendimento à ordem, não deve será a prisão aplicada.

109 - A Lei norteamericana dos devedores de 1869 (*Debtors' Act 1869*) estabelece que a imposição da prisão civil por *contempt of court* depende de que o credor prove que: a) o devedor, na data da ordem ou sentença, apesar de ter os meios e a capacidade para pagar o valor da sentença ou uma parcela desta, se recusou a assim proceder; b) um meio alternativo de coerção foi tentado, mas, embora de modo adequado, não logrou êxito; c) qualquer outro meio seria ineficaz; BUENO, Júlio Cesar. **Op. cit.,** p. 259.

Veja-se:

> "... e vale lembrar que não há incompatibilidade com a ordem constitucional vigente. O art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal, determina que "não haverá **prisão civil por dívida**, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Nos termos da proposta de alteração legislativa que segue, **a prisão não advém do inadimplemento de uma obrigação, mas sim do descumprimento de uma ordem judicial**."[110] (grifamos)

Apesar disso, pelo menos no que concerne às ordens que imponham obrigações de fazer ou de não fazer, a problemática é menor, pois basta entender, como propõem, entre outros, Marinoni, Guerra, Pinto César e Scarpinella Bueno, que a expressão "dívida" deve ser interpretada como obrigação de pagar quantia, e que, por isso, legítima é a utilização da prisão civil coercitiva para tutelar a ordem judicial que imponha ao destinatário um fazer ou um não fazer sem cunho patrimonial.[111] Esse pensamento ganha ainda mais força em decorrência do previsto no art. 536, *caput* e **§ 1º, do Código de Processo Civil, que conforme será** melhor analisado adiante, consolida a atipicidade dos meios executivos em nosso ordenamento, possibilitando ao magistrado a escolha da medida mais adequada ao caso concreto.

A par da questão meramente textual, a discussão, como visto, envolve, também, a aplicação da teoria dos direitos fundamentais, em especial, no que concerne à colisão de valores constitucionalmente assegurados como a liberdade e a efetividade da jurisdição, este que, no caso concreto, ainda serve à concretização de muitos outros direitos basilares do ordenamento brasileiro. Como adverte Cássio Scarpinella, não obstante exista a possibilidade de se aplicar a prisão civil coercitiva, a medida deve se mostrar necessária, adequada e justificável para tutelar, no caso concreto, um interesse de maior ou, quando menos, igual estatura à liberdade, a qual, acredita, é de alguma forma garantida pelo multimencionado art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.[112]

2.3 A prisão civil coercitiva e os direitos fundamentais

Conforme delineado, desde o início, a prisão coercitiva assume papel de relevo justamente na busca pela tutela jurisdicional efetiva, razão pela

110 - BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 132 de 2004.** Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/ mate-pdf/1590.pdf>, acesso em 02 de março de 2016.
111 - MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil... cit.,** p. 86-87; GUERRA, Marcelo Lima. **Contempt of court:... cit.,** p. 330; CÉSAR, Haidée Pinto. **Op. cit.,** p. 111; BUENO, Cássio Scarpinella de. **Op. cit.,** p. 473.
112 - Ibidem**,** p. 473.

qual a discussão acerca de sua legitimidade deve, necessariamente, ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais, principalmente porque, como se sabe, o direito à tutela efetiva significa, em verdade, a concretização e a salvaguarda de muitos outros direitos, que, assim como a liberdade, são igualmente protegidos pela ordem jurídica.[113] Assim, pois, independentemente da interpretação dada ao termo "por dívidas", a defesa da utilização da prisão coercitiva na praxe brasileira passa, necessariamente, pela verificação dos princípios envolvidos e, assim, pela solução dos possíveis conflitos surgidos entre eles.

Antes de adentrar nessa questão, é preciso ressaltar que os direitos fundamentais, normalmente positivados em forma de princípios, são normas dotadas de estrutura aberta que consignam uma otimização dos valores protegidos pela ordem jurídica, e, por isso, devem sempre ser interpretados de maneira a buscar a conciliação com os demais. Eles possuem, como leciona Gilmar Ferreira Mendes, um caráter *prima facie*, ou seja, a simples leitura da norma que os contém não é suficiente para o conhecimento de sua total abrangência, de forma que aquela deve sempre ser aplicada levando em considerações outros fatores, a fim de buscar a solução ótima no caso concreto.[114] Assim, no momento da concretização desses direitos, quando a realização de um mostra-se, normalmente, restritiva à realização de outro, a interpretação sistemática da Constituição, levando em consideração a hierarquização de princípios realizada pelo próprio constituinte, muitas vezes, não é suficiente, fazendo-se necessário por em ação o princípio da concordância prática, isto é, "considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática"[115].

Nesse contexto, portanto, destaca-se o princípio da proporcionalidade, consistente em um "juízo de ponderação" dos direitos fundamentais, destinado a, mesmo diante do conflito, preservar ao máximo os valores protegidos pela Constituição. O mencionado princípio é, em verdade, "uma pauta de natureza axiológica, que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins"[116], e atua mediante a verificação da adequação e da exigibilidade entre meios e fins e da proporcionalidade em sentido estrito da medida determinada. Dessa forma, como mandamento de respeito máximo aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade exige que o sacrifício

113 - CÉSAR, Haidée Padrão. **Op. cit.,** p. 111.
114 - MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.183-184.
115 - Ibidem, p.183.
116 - LARENZ, Karl a*pud* LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162.

de um determinado direito seja o meio apropriado para a solução do problema (adequação), seja o menos prejudicial entre os meios adequados à consecução do fim almejado (necessidade) e resulte em maior benefício do que o ônus para os envolvidos (proporcionalidade em sentido estrito).[117]

Assim, pois, tendo em vista que a utilização da prisão civil coercitiva envolve, pelo menos, restrição à liberdade e à dignidade humana, somente pode ser pensada para a preservação de direitos da mesma ou maior magnitude, no caso concreto.[118] Já sabemos que o próprio constituinte privilegiou a liberdade em detrimento do patrimônio, quando optou por proibir a prisão "por dívidas". Todavia, a questão ganha outros contornos quando se percebe que a utilização de meios coercitivos eficientes não só concretiza o importantíssimo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, mas é, na realidade, a principal garantia dos direitos subjetivos, tais como o direito à vida, ao meio ambiente, à preservação da intimidade e da honra, e, até mesmo, à própria dignidade humana.[119] Lembre-se, nesse ponto, de que o direito à ação, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não deve ser entendido como mero direito à solução de mérito, mas como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, ou seja, como direito à tutela jurisdicional efetiva.[120]

Assim, imaginemos o caso de uma ordem judicial que impõe ao Estado o fornecimento de medicação a enfermo em estado terminal, e que, não obstante a cominação de multa, o comando reste descumprido. Fica claro que, no mencionado caso, a tutela jurisdicional busca a efetivação de um dos mais importantes direitos fundamentais: a vida. Seria a imposição de prisão civil coercitiva, ainda assim, medida por demais vexatória? E, no caso de empresário, cuja atividade seja a extração de madeira de área de preservação ambiental para venda, e que, não obstante a cominação de multa e do impedimento da atividade, continue a descumprir reiteradamente o dever de não fazer imposto pelo juiz? Deve o Estado restar inerte, sob pena de violar a liberdade e a dignidade do desobediente?

Os casos concretos permitem uma visão mais clara da problemática que aqui se esboça, pois possibilitam perceber que não são raras as situações enfrentadas pelo Poder Judiciário em que a aplicação de meios coercitivos

117 - ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade na execução civil. **Execução Civil**: aspectos polêmicos. LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (coord.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 172-174.

118 - CARVALHO, Fabiano Aita. **Op. cit.,** p. 73.

119 - SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 433; GUERRA, Marcelo Lima. **Prisão civil de depositário infiel e princípio da proporcionalidade... cit.,** p. 41.

120 - MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 3. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010**,** p. 139.

mais eficientes do que os usualmente utilizados é necessária para proteger os direitos que o ordenamento proclama. É essa, também, a opinião de Carlos Alberto Lunelli e Jefferson Marin, os quais, analisando a necessidade de dotar a tutela jurisdicional do meio ambiente de maior efetividade, defendem exatamente que a possibilidade de reprovação em nível pessoal daquele que descumpre ordem judicial, nos moldes do *contempt of court,* pode ser uma excelente alternativa para a formação de um processo que, efetivamente, realize a proteção do meio ambiente, bem essencial à sobrevivência das espécies.[121] Assim, como bem conclui Rodrigo Gomes de Mendonça:

> "havendo colisão de normas constitucionais, deve o magistrado, apreciando o caso concreto, sopesar os valores constitucionais envolvidos e, aplicando os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, da concordância prática ou harmonização e da força normativa da Constituição, decidir a questão posta em juízo e, mais que isso, garantir a eficácia de sua decisão no mundo dos fatos."[122]

É de se ressaltar, ainda, que, ao deixar de colaborar com o Judiciário, na busca pela satisfação dos direitos, está o jurisdicionado violando princípio de grande importância no Processo Civil moderno e amplamente adotado no novo Código de Processo Civil, o princípio da cooperação. O processo cooperativo deve ter caráter eminentemente dialético, ou seja, requer, para que se alcance a tutela jurisdicional justa e efetiva, a colaboração das partes e do juiz entre si, os quais devem atuar como uma "única força operante" para o melhor deslinde da causa, inclusive no que concerne à execução. Pelo princípio cooperativo, a colaboração do demandado que sofrera a ordem contra si mostra-se, pois, absolutamente indispensável à obtenção da tutela jurisdicional.[123]

Por todo o exposto, patente é a importância de se discutir a possibilidade de utilização da prisão civil coercitiva, quando frustradas todas as outras formas possíveis de conduzir ao cumprimento da ordem judicial, e, assim, à concretização do direito discutido. Como assevera Marcelo Lima Guerra:

> "se se reconhece a legitimidade do ordenamento jurídico, nenhuma medida de força se revelaria, em princípio, excessiva para assegurar o seu cumprimento. Se esse ordenamento é tido como legítimo, o órgão a quem cabe assegurar o seu cumprimento efetivo, se não estiver armado com todas as forças, com todas as medidas – inclusive drásticas – será

121 - LUNELLI Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. **Op. cit.,** p. 60.
122 - MENDONÇA, Rodrigo Gomes de. Fundamentos e limitações constitucionais ao poder geral de efetivação das tutelas específicas. **Revista de Processo**. n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2011, p.85-86.
123 - MITIDIERO, Daniel. **Op. cit.,** p. 109-111.

> visto como farsante e todas as normas nele postas serão reduzidas a uma mera exortação".[124]

Há que se levar, ainda, em consideração que os valores liberdade e dignidade não podem ser considerados tabus, em que não se possa tocar, quando os interesses superiores da sociedade requerem medidas de garantia.[125] Na realidade, entre a vontade do Estado, consubstanciada na vontade da lei, e a vontade do particular, que desobedece a lei, deve preponderar a primeira, mesmo que em face da indignidade do último. Como destaca José Afonso da Silva, a liberdade que emerge do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não é qualquer liberdade, mas, sim, a liberdade jurídica, que se revela como o poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal. Opõe-se, portanto, a autoritarismo, isto é, a toda coação anormal, ilegítima e imoral, mas não pode resistir à autoridade legítima.[126]

Semelhante é a opinião de Mário Guimarães de Souza, para quem o conceito de liberdade já não pode mais ser visto na visão individual do pensamento liberal-burguês, quando foi consagrada como direito fundamental, mas deve levar em conta as ideias de defesa social do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, colaciona esclarecedor trecho do comunicado da Comissão de Doutrina e Divulgação, publicado na Folha da Manhã de Recife em 1938, ora reproduzido:

> "hoje, com o progresso do conceito de Nação e com a reposição do indivíduo no seu verdadeiro logar, isto é, como peça de um todo que lhe é superior, a saber, a collectividade, modificou-se tambem o conceito da liberdade. A liberdade não pode ser exercida, nem quando prejudica a liberdade de outrem, nem quando se torna nociva ao próprio grupo a que o individuo pertence, ou á Nação, de que elle faz parte, como titular de direitos políticos e sujeito de obrigações inalienáveis."[127]

Assim, pois, é de se concluir que a defesa da prisão civil coercitiva passa, necessariamente, pela compreensão de que a liberdade e a dignidade humana não são, em si, valores absolutos que devem ser protegidos a qualquer preço pelo ordenamento jurídico. Conforme visto, apenas não podem ser restritos em decorrência de atuação ilegítima do Estado, de forma que, atuando este na salvaguarda de sua autoridade e de direitos fundamentais que, no caso concreto, se mostrem mais importantes, não se pode concluir

124 - GUERRA, Marcelo Lima. **Contempt of court... cit.,** p. 332.
125 - SOUZA, Mário Guimarães de. **Op. cit.,** p. 98.
126 - SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**, p. 234-235.
127 - SOUZA, Mário Guimarães de. **Op. cit.,** p. 98.

que a prisão civil coercitiva ofenda minimamente os direitos à liberdade e à dignidade humana. Recorde-se, inclusive, que o direito nacional autoriza a restrição de liberdade por razões civis em vários outros casos, que não os expressamente mencionados no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, como é o caso da condução coercitiva de testemunha faltosa, previsto no art. 455, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015.

Não se pense, todavia, que a aplicação da medida estaria desprovida de limitações, inclusive constitucionais. Ao contrário, da mesma forma que se protege o direito à tutela efetiva daquele a quem a decisão favorece, deve-se proteger o princípio da menor onerosidade da execução, que guarda o executado da execução abusiva, e respeitar, sempre, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, direitos processuais fundamentais de espeque constitucional, que não podem ser subtraídos do sujeito destinatário da ordem. Por isso, conforme será analisado no próximo tópico, a defesa da prisão civil coercitiva não pode ser desacompanhada do estabelecimento de limitações aos poderes do magistrado, no sentido de evitar o seu uso abusivo e acabar por infligir ao réu mal maior do que o benefício que trará ao autor

2.3.1 Aplicação da prisão coercitiva no direito brasileiro: atipicidade dos meios executivos (art. 536, caput e § 1º e art. 139, IV, do Código de Processo Civil)

Não obstante, conforme demonstrado alhures, tenham falhado todos os projetos de incorporação, no Brasil, de previsão expressa da possibilidade de utilização da prisão civil coercitiva como forma de coibir o ato atentatório ao exercício da jurisdição e, portanto, como técnica de coerção na execução indireta, a medida vem tendo sua aplicabilidade fundada na adoção, em nosso ordenamento jurídico, do já estudado princípio da atipicidade dos meios executivos, consubstanciado, principalmente, no art. 536, *caput e* § 1º do Código de Processo Civil, o qual propugna a utilização, ao arbítrio do julgador, da medida executiva mais consentânea com o interesse do Estado-Judiciário em ver sua decisão cumprida.[128]

É essa a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a mencionada norma permite ao juiz que identifique o meio de execução necessário, no caso concreto, mesmo que não expressamente tipificado em lei.[129] Assim também entende Haidée Padrão Pinto César, segundo a qual, estando a medida executiva determinada pelo juiz em harmonia com a finalidade do mencionado dispositivo, que é dar efetividade às ordens judiciais que visam

128 - PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil:** do processo de conhecimento, art. 444 a 495. SILVA, Ovídio A. Baptista da. (coord.). v. 6. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 121.
129 - MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil... cit.,** p. 89.

ao cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, não deve sofrer maiores limitações. Assim, defende que pode a prisão civil coercitiva ser aplicada até que o devedor satisfaça a ordem ou desfaça o ato que deu ensejo à censura, momento em que terá sido atendida a finalidade da norma.[130] No mesmo sentido, é ainda, a posição de Fabiano Aita Carvalho, ao defender que cabe ao juiz utilizar o meio executivo mais apto a viabilizar a tutela efetiva dos direitos, inclusive a prisão.[131]

Ressalte-se, todavia, que esse posicionamento, não obstante justifique a utilização da medida no que concerne ao cumprimento das ordens que contenham uma obrigação de fazer ou de não fazer, não embasaria sua aplicação para fazer cumprir comandos de outro conteúdo.

Contudo, o novo Código de Processo Civil trouxe uma grande novidade que parece ter acabado com esta problemática: o disposto no art. 139, IV, que, localizado no capítulo concernente aos poderes, deveres e responsabilidades dos juízes, concedeu aos magistrados amplos poderes para "*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*". Assim, a nova conjuntura processual parece ter dado um grande passo na direção do que aqui se defende, pois estendeu aos juízes o poder de escolher, em qualquer situação, e não apenas no cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer, os meios executivos que julgue mais adequado para a efetivação da tutela jurisdicional.

Além disso, há que se ter em mente que, desde que superados os óbices acerca da constitucionalidade da medida e, desde que compreendida sua utilização como forma de preservar a autoridade judicial e de concretizar direitos, independentemente do cunho patrimonial que possam ter, a falta de disciplina específica para a prisão coercitiva não pode constituir embaraço ao seu uso. Isso porque, ao dispor, em seu art. 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", a Constituição não está a exigir procedimento específico (o que inviabilizaria, de pronto, a adoção de qualquer medida coercitiva inominada, e não só da prisão civil), mas, como defende Arenhart, tão somente a conclamar "a obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, o que, sem dúvida, deve ser atendido para a decretação da prisão civil".[132]

Assim, pois, a falta de expressa permissão legal não pode levar à conclusão pela inviabilidade do uso da prisão civil como meio coercitivo em nosso país, muito embora não se possa descuidar da necessidade de se

130 - CÉSAR, Haidée Pinto. **Op. cit.,** p. 117.
131 - CARVALHO, Fabiano Aita. **Op. cit.,** p. 95.
132 - ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit.**

estabelecer limitações a sua aplicação, com o fito de impedir que se transforme em autorização para arbitrariedade judicial. Ademais, é preciso considerar os óbices de caráter prático opostos à cominação da prisão, que, inclusive no direito penal, vem sendo cada vez mais rechaçada.

Todavia, ressalte-se, desde logo, que a maior parte das críticas dirigidas à restrição de liberdade penal pauta-se nas distorções do poder punitivo, que, na prática, afasta-se completamente do sustentado no discurso jurídico. Por isso, não parecem se aplicar à forma coercitiva estudada no presente trabalho, posto que, com função e operacionalização completamente diversa, esta não se submete às degenerações do sistema penal.

Remanesce, contudo, a questão fática da completa desestruturação do sistema carcerário brasileiro, que, sem dúvidas, representa um grande óbice à defesa do instituto. Apesar disso, há que se ter em mente que a intenção da utilização da prisão civil como meio de coerção, ao contrário do que acontece na esfera criminal, é justamente a de não precisar determinar, de fato, a prisão do sujeito recalcitrante, posto que o esperado é o cumprimento da ordem. Na realidade, a grande eficiência da medida não está na prisão em si, mas na ameaça de sua utilização, a qual, na maior parte dos casos, é suficiente para estimular a obediência ao comando judicial.[133] Quando a mera ameaça não for suficiente, contudo, é necessário assegurar um conjunto de cuidados a ser tomado pelo magistrado, nos moldes do que acontece no direito anglo-americano, a fim de evitar que os poderes a ele confiados se travistam em autorização para a arbitrariedade judicial. Nas palavras de Marinoni, "pensar na prisão civil como meio de coerção civil não implica em ter uma visão autoritária da justiça civil, mas sim em ter consciência de que o seu uso não pode ser descartado para dar efetividade aos direitos fundamentais".[134]

CONCLUSÃO

Conforme delineado no presente estudo, a incorporação da experiência estrangeira para aplicação da prisão civil coercitiva no Brasil é tema que merece atenção, especialmente em razão do tabu em que se transformou. A análise da questão não pode afastar-se de uma interpretação mais precisa da vedação da prisão civil por dívidas aposta na Constituição Federal e em dois tratados internacionais de que o Brasil é signatário, apontada como óbice à utilização do instituto. A melhor apreciação do tema tampouco pode desconsiderar o inevitável conflito de direitos fundamentais que surge no caso concreto de aplicação medida.

133 - Ibidem.
134 - MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos... cit.,** p. 223.

Assim, somente um estudo apressado da problemática justifica a enorme resistência que ainda sofre a restrição de liberdade coercitiva no Ordenamento Jurídico pátrio, embora não se possa negar a necessidade de se impor limites a sua aplicação. Primeiramente, porque diversamente do que é defendido por muitos, a prisão civil coercitiva não se confunde com a rechaçada prisão civil por dívidas. Ademais, os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana não são intangíveis, mas, em verdade, podem ser restritos por meio de um juízo de ponderação, quando a justa solução do caso concreto envolver outro direito igualmente protegido pela ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo.** Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade na execução civil. **Execução Civil**: aspectos polêmicos. LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (coord.). São Paulo: Dialética, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo.** Disponível em: <http://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO>, acesso em: 15 de janeiro de 2016.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro.** Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2016.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do Contempt of Court no direito norte-americano. **Revista de Processo.** n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2011, p. 129-163.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas.** Separata da revista brasileira de direito processual, v. 20, p. 61-80.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1982.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer -** estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Tutela jurisdicional Executiva. 4. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro.** Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e prisão civil:** o contempt of court no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

CASTRO, Flávia da Cunha e. **Tutela Jurisdicional Efetiva:** Artigo 461, § 5º, do código de processo civil e o contempt of court. v. 7. Londrina: UNOPAR Ciênt., mar. 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão**. A Constituição Federal Comentada**, v. 3. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1949.

CÉSAR, Haidée Padrão Pinto. Prisão coercitiva: possibilidade em face do § 5º do art. 461 do CPC. **Revista de Processo.** n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008, p. 104- 122.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** execução. v.5. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DOBBS, Dan B. **Contempt of Court a Survey.** Cornell Law Review, v. 56, 1973, p. 241. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi? article=3844&context=clr>, acesso em 03 de fevereiro de 2016.

ESTADOS UNIDOS. **Gompers v. Bucks Stove & Range Co. 221 U.S. 418 (1911)**, disponível em <https://supreme.justia. com/cases/federal/us/221/418/case.html>, acesso em 28 de janeiro de 2016.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1989.

GOLDFARB, Ronald. **The History of the Contempt Power.** Washington University Law Review, 1961, p. 8. Disponível em <http://openscholarship.wustl.edu/ law_lawreview/vol1961/iss1/6>, acesso em 27 de janeiro de 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o** contempt of court. **Revista de Processo. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 219-227.**

_____. Paixão e morte do "contempt of cout" brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). **Direito Processual (inovações e perspectivas):** estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. CALMON, Eliana, BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-11.

GUERRA, Marcelo Lima. 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. **Série cadernos do CEJ**. v. 23. Brasília: CJF, 2003, p. 312- 332.

_____. Prisão civil de depositário infiel e princípio da proporcionalidade. **Revista de Processo.** n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 34- 42.

GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. **Revisão crítica da pena privativa de liberdade: uma aproximação democrática.** Disponível em <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/RevisaoCritica-REC. 02.06-05.pdf>, acesso em 18 de março de 2016.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction** (Contemporary law series). New Haven, CT: Yale University, 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland). Trad: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo.** 2. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIVINGSTON, Margit. **Desobedience and contempt,** Washington Law Review, nº 345, p. 346-348. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=1337243>, acesso em 02 de fevereiro de 2016.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. O contributo do contempt of court para o processo ambiental. **Revista de Processo.** n. 218. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2013, p. 47-64.

MARINONI, Luiz Guiherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 3. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio

Cruz. **Curso de Processo Civil:** execução. v. 3. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução:** Processo civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Rodrigo Gomes de. Fundamentos e limitações constitucionais ao poder geral de efetivação das tutelas específicas. **Revista de Processo**. n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2011, p. 81-96.

MICHIGAN JUDICIAL INSTITUTE. **Contempt of Court Benchbook -** Fourth Edition Cover and Acknowledgment. Disponível em <http://courts.mi.gov/education/mji/Publications/Documents/Contempt-Of-Court.pdf>, acesso em 02 de janeiro de 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo:** o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>, acesso em 08 de março de 2016.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 3. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil:** arts. 796-889. tomo. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.** 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim. O contempt of court no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo.** n. 191. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2011, p. 83-126.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Mário Guimarães de. **Da prisão civil.** Recife: Jornal do Commercio S.A., 1938.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-

A, CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O contempt of court no novo processo civil.** Revista de Processo. n. 118. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2004, p. 149 – 172.

WARREN, Michael. **Contempt of court & broken windows:** why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican selfgovernment. Criminal Law and Procedure. V. 7. issue. 1, p. 45. Disponível em <https://www.fed-soc.org/library/doclib/20080313_CrimWarren.pdf>, acesso em 28 de janeiro de 2016.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. **Revista de Processo.** n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2014, p. 121- 150.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS INCONGRUÊNCIAS OCASIONADAS PELAS MODIFICAÇÕES IDEOLÓGICAS E LEGISLATIVAS NO REGIME DAS INCAPACIDADES: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO

The statute of persons with disabilities and the inconsistencies entailed by ideological and legislative amendments to the disability framework: a proposal for interpretation

Temistocles Araujo Azevedo
Juiz Federal da 37ª Vara/PE
Mestre em Direito Processual Civil pela UFRGS

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo tratar da Lei 13.146/2015 e seus impactos sobre a normativa então vigente que trata da pessoa com deficiência. Parte-se da pressuposição de que o Estado deve ainda prover mecanismos que possibilitem às pessoas com deficiência exercer os seus direitos em igualdade com aquelas que não têm qualquer impedimento em suas funcionalidades e não estão sujeitas às mesmas barreiras, propondo soluções para problemas práticos de interpretação em um contexto que deseja alterar todo o quadro cultural do operador do direito acostumado a uma tradição assentada em conceitos logicamente articulados.

ABSTRACT: This article aims to address Law 13.146/2015 and its impacts on the then current regulations concerning people with disabilities. This is based on the assumption that the state should also provide mechanisms that enable people with disabilities to exercise their rights on equal terms with those who have no impairment, or are not subject to the same restrictions, suggesting solutions to practical interpretation problems and seeking to modify the whole cultural framework of legal practitioners accustomed to a tradition based on logical concepts.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2009, por meio do Decreto 6.949, a República Federativa do Brasil promoveu a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 30/03/2007, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008, passando a contar com *status* constitucional desde então, na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Visando regulamentar as disposições constantes de referido documento, foi editada a Lei 13.146/2015, conhecida dentre os operadores do Direito como "Estatuto da Pessoa com Deficiência", a qual estabeleceu várias obrigações para o Estado brasileiro em relação às pessoas com deficiência e previu expressamente sua entrada progressiva em vigor.

Essa lei revogou diversas normas do Código Civil, alterando completamente o regime das incapacidades previsto, rompendo com uma tradição já consolidada. Essa alteração, contudo, foi incompleta, pois ocasionou um verdadeiro giro de Copérnico na articulação lógica do regime anterior sem, contudo, promover todas alterações que seriam necessárias para adaptar a legislação à nova abordagem da situação das pessoas com deficiência.

Esse evento, como se verá adiante, tornou a legislação defeituosa, na medida em que normas do regime anterior não foram modificadas para adaptar o ordenamento agora vigente à nova realidade jurídica que se deseja implantar em relação às pessoas com deficiência. O defeito legislativo ocasiona imperfeição técnica e cria para o operador do direito a obrigação de empreender um esforço interpretativo muito maior para concretizar desígnios que seriam próprios da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência internalizada com *status* constitucional ao ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando esse aspecto, o presente estudo se iniciará mediante uma abordagem meramente descritiva da situação vigente na redação originária do Código Civil de 2002, seguida de uma abordagem comparativa acerca das alterações que foram promovidas nessa legislação, sobretudo pela Lei 13.146/2015.

Após será realizado um cotejo dos fundamentos jusfilosóficos que sustentam a Convenção Internacional retromencionada, na medida adequada à compreensão do modo como o problema da deficiência teve uma alteração tão profunda que pessoas da mesma geração de quem escreve este artigo fiquem perplexas, justamente porque foram educadas a pensar de uma maneira que, embora articulada logicamente, talvez cooperasse para a discriminação dessas

pessoas, estimulando uma barreira chamada atitudinal pela novel legislação.

Essa abordagem dos fundamentos jusfilosóficos não será realizada de modo aprofundado, não implicando análise pormenorizada de todos os argumentos, nem do acerto de suas premissas e conclusões, mas apenas, como referido acima, na medida necessária para compreender as novas bases do problema da deficiência.

Durante a exposição, considerando a recente entrada em vigor do novo CPC e a possível ausência de familiaridade dos leitores com os seus dispositivos, sempre será mencionado o seu correspondente no CPC/1973.

Por fim, será realizada uma análise do regime jurídico das medidas de salvaguarda das pessoas com deficiência diante do atual contexto legislativo brasileiro.

2. CONTEXTO LEGISLATIVO VIGENTE ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.146/2015:

O Código Civil de 2002 se aproveitou de muitos dos conceitos técnicos introduzidos no nosso ordenamento jurídico no Código Civil de 1916. Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, avulta em importância o conceito técnico de capacidade e personalidade.

Dispõe o art. 1º, do CC de 2002, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A capacidade a que se refere essa disposição é a chamada capacidade de gozo ou de direito, que no Código de 1916 derivava da personalidade, entendida como um conceito técnico, e que se refere à aptidão do indivíduo para ser titular de direitos e contrair deveres. Para tanto, basta que ele seja considerado pessoa, havendo uma celeuma doutrinária acerca do início da capacidade de direito, se a partir do nascimento da pessoa ou da concepção, celeuma essa que não será objeto de análise no presente estudo.

Já a capacidade de exercício ou de fato é a aptidão para exercer pessoalmente, ou seja, por si próprio, os direitos de que é titular a pessoa, ou para contrair deveres por si mesmo.

Se a capacidade de direito é inerente a toda a pessoa, o mesmo não se podia dizer da capacidade de fato ou de exercício, a qual requeria que o indivíduo fosse apto a compreender o significado jurídico dos atos que praticava, revelando para tanto discernimento necessário para atuar no espaço de liberdade que lhe era conferido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, certas pessoas seriam consideradas incapazes, seja porque não tinham a maturidade suficiente para realizar por si atos jurídicos sem que houvesse potencialidade para prejudicar a si mesmas, seja porque não tinham o necessário discernimento para compreender os atos jurídicos em geral.

Assim como as pessoas destituídas de maturidade ou discernimento apresentam graus de déficit de compreensão, as incapacidades também seriam escalonadas, de modo que a legislação estabeleceria uma classificação das incapacidades em absoluta e relativa. A propósito, vale transcrever o que dispunha os arts. 3º e 4º, do CC, em sua redação original:

> "*Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*
> *I - os menores de dezesseis anos;*
> *II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;*
> *III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.*
> *Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:*
> *I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;*
> *II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;*
> *III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;*
> *IV - os pródigos.*
> *Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial*".

No rol acima referido constata-se que as pessoas com deficiência mental ou enfermidade mental, que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos jurídicos, assim como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, pessoas que certamente são dotadas de alguma deficiência no sentido da Lei 13.146/2015, eram destituídas desde logo da capacidade plena de exercício, ou seja, *a priori* não poderiam exercer todos os direitos de que viessem a ser titular, nem a contrair deveres que considerassem relevantes para a sua vida.

Essas regras de incapacidade eram pensadas como medidas de proteção da pessoa e todo um regime jurídico protetivo das pessoas incapazes era estabelecido na legislação.

Assim, um instrumento de proteção de fundamental importância residia na submissão dessas pessoas aos cuidados de um curador, o qual seria designado após a tramitação de um processo judicial conhecido por interdição cujo objetivo era o reconhecimento da situação de incapacidade e consequente estipulação dos limites da curatela. A interdição, a depender do resultado da prova pericial realizada, poderia consistir em vedação à prática de todos os atos da vida civil por si próprio (interdição total) ou de apenas alguns atos

da vida civil isoladamente (interdição parcial), diferenciando assim a pessoa absolutamente incapaz da pessoa relativamente incapaz.

Tratando-se de pessoa com deficiência considerada absolutamente incapaz, o curador a substituiria na prática do ato da vida civil, ao passo que se fosse considerada relativamente incapaz, este realizaria o ato em conjunto com ela, fato que demarcaria a diferença entre a representação legal e a assistência.

Outro instrumento de proteção da pessoa com deficiência consistia na invalidade dos negócios jurídicos firmados por pessoa incapaz: se o negócio fosse firmado por pessoa absolutamente incapaz desacompanhada de seu curador, o negócio jurídico seria nulo; se realizado por pessoa com deficiência, relativamente incapaz, desacompanhada de seu curador, a consequência seria a anulabilidade do negócio jurídico.

O impedimento de correr o prazo prescricional em relação às pessoas absolutamente incapazes, abrangidas as pessoas com deficiência, era outro instrumento de proteção (art. 198, I, do CC), também previsto na legislação esparsa, como, por exemplo, no art. 79 e no art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991.

A exceção de reversão do pagamento em proveito do incapaz, também considerado aquele que tem deficiência, após anulação da obrigação, é outro instrumento de proteção a essas pessoas (art. 181, do CC).

O art. 218, do CPC vigente (correspondente ao art. 245, do CPC 2015), consiste em outro instrumento de proteção, na medida em que o réu acometido de deficiência ou enfermidade mental deveria ser citado na pessoa do curador ou de um responsável que seria considerado seu curador naquele processo específico, com poderes para representá-lo na demanda.

A incapacidade processual não suprida ou a irregularidade de representação não corrigida poderá ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito no caso do autor, ou a decretação de revelia no caso do réu (art. 13, parágrafo único, do CPC vigente, correspondente ao art. 76, §§ 1º e 2º, do CPC de 2015).

Apreciando em conjunto todas essas disposições, constata-se que o CC de 2002 estabeleceu uma premissa: as pessoas com deficiência mental em sentido amplo (abrangidas as pessoas sem desenvolvimento mental completo) que não tenham ou apresentem um déficit de discernimento mental para a prática dos atos da vida civil eram destituídas, integral ou parcialmente, da capacidade de fato, sendo a elas estabelecido um regime jurídico protetivo logicamente articulado e perfeitamente compreensível dentro de uma lógica na qual essas pessoas já eram desde logo privadas da participação plena na vida social, lógica essa que permeou a educação jurídica de todos os operadores do Direito desde a época do CC de 1916.

Passa-se agora a tratar das modificações legislativas promovidas desde 2009 e que culminaram com a ruptura de um modelo de compreensão do regime jurídico das pessoas com deficiência que já durava um século no Brasil.

3. MODIFICAÇÕES EMPREENDIDAS NA LEGISLAÇÃO E NO REGIME JURÍDICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:

Essas modificações se fizeram sentir inicialmente no âmbito do Direito Público, notadamente na Lei 8.742/1993, que trata do benefício assistencial às pessoas portadoras de deficiência. Referida lei foi modificada pelas Leis 12.435/2011 e 12.470/2011, as quais buscavam adaptá-la à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 30/03/2007, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008, passando a contar com status constitucional desde então, na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988. O objetivo primordial era adequar o conceito de deficiência da Lei à nova abordagem dessa condição humana pela retromencionada Convenção.

Para facilitar a compreensão da exposição será realizada a transcrição de determinados trechos considerados mais importantes para a continuidade da exposição do raciocínio.

Em relação à Convenção Internacional, na parte introdutória voltada aos considerando, destacam-se os seguintes pontos:

> "*m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,*
> *n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,*
> *o) Considerando que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente,*"

Percebe-se desde logo que o foco da preocupação da Convenção não se restringe à proteção das pessoas com deficiência, havendo expressa

consideração delas como seres dotados de potencialidade para prestar valiosas contribuições ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades. Ademais, as pessoas com deficiência são reconhecidas como dotadas de autonomia e independência individuais, indicativo de que não carecem de proteção *ex ante* por meio de sua incapacitação. Para tanto, atribui-se a essas pessoas oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente.

Tratando do propósito da Convenção e das definições básicas, vale transcrever, para os fins do presente trabalho, os seguintes dispositivos:

Artigo 1

Propósito

> *O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.*
> *Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.*

O objetivo da Convenção não é apenas proteger as pessoas deficientes, mas promover sua inclusão efetiva em sociedade. Ao definir uma pessoa com deficiência a Convenção estabelece expressamente que as deficiências não se encontram nas pessoas, mas na combinação de seu déficit de funcionalidade com barreiras sociais que obstruem sua participação na vida social.

Prosseguindo, dispõe o artigo 2 e seguintes, no que importa para a construção do raciocínio:

Artigo 2

Definições

Para os propósitos da presente Convenção:

> *"Comunicação" abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral,*

os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis;
"Língua" abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada;
"Discriminação por motivo de deficiência" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;
"Adaptação razoável" significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;
"Desenho universal" significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O "desenho universal" não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2.Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4.Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
*2.**Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida**.*
*3.**Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal**.*
*4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam **salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos**, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.*
5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:
a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:

> *(...)*
> *i) Garantia de que os procedimentos, instalações e materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso;*
> *ii) Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado;*
> *iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;*
> *b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas, mediante:*
> *(...)*
> *i) Participação em organizações não-governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, bem como em atividades e administração de partidos políticos;*
> *ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações.*

A leitura de todos esses dispositivos autoriza formular uma série de conclusões que se passa a expor. O propósito da Convenção Internacional é eliminar todas as barreiras que impedem a pessoa portadora de alguma deficiência de exercer direitos a ela formalmente atribuídos. O art. 12, alíneas 2 e 3 utilizam o termo capacidade legal em igualdade de condições, e exercício da sua capacidade legal.

A capacidade legal decorre da sua condição de pessoa perante a lei reconhecida em qualquer lugar (alínea 1 do artigo 12). A capacidade legal corresponde ao que a doutrina tradicional chama capacidade de exercício, ou aptidão para exercer por si direitos e contrair pessoalmente deveres. Essa capacidade de fato ou de exercício dos direitos também pode encontrar limitações em barreiras das mais diversas naturezas especificadas na Convenção, mas não pode ser determinada *ex ante* pela própria lei, e sim desde que constatada no caso concreto jamais implicando em completa incapacitação.

Como o propósito da Convenção é, nos dizeres do artigo 1, "promover, proteger e assegurar o **exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente**", cabe aos Estados signatários realizar o que o documento chama adaptação razoável, que "significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que **não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso**, a fim de assegurar que as **pessoas com deficiência possam gozar ou exercer**, **em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais**".

Para tanto, vários instrumentos protetivos devem ser postos à disposição das pessoas com deficiência, adequados a promover uma igualdade substancial que a própria Convenção reconhece inexistir nas mais diversas esferas da vida social, considerada a espécie de deficiência existente, que pode ser de caráter mental, intelectual, física ou sensorial (artigo 1).

Dentre esses instrumentos, avulta em importância as medidas de salvaguarda, assim consideradas aquelas que "assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal **respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa**, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, **sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa**, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa" (artigo 12, alínea 4).

Essas salvaguardas não devem privar a pessoa da possibilidade de opinar em todas as decisões que digam respeito à sua vida, conforme dispõe a alínea 5, do artigo 4: "Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, **de controlar as próprias finanças** e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens".

Considerando as disposições da Convenção Internacional de que a pessoa com deficiência deve ter a vontade e as preferências consideradas e respeitadas, de que as medidas de salvaguarda devem ser proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, cuja vontade nunca pode ser suplantada por meio de um instrumento que *a priori* entregue toda a decisão nas mãos de outra pessoa, e de que as medidas para assegurar às pessoas com deficiência igualdade substancial devem garantir a elas o igual direito de controlar as próprias finanças, revelou-se necessário excluir todas as pessoas

que se enquadrem na definição de pessoa com deficiência da Convenção, da condição de absolutamente incapazes, porque para essas pessoas o instrumento legal de proteção era a curatela decorrente de um processo de interdição total, na qual o incapaz era substituído na prática de todo e qualquer ato jurídico, sem qualquer consideração de sua vontade, de modo que em eventual conflito de interesses entre o curador e o curatelado, a vontade daquele sempre prevalecia.

Em relação à legislação que regulamenta a Convenção Internacional, vale transcrever o art. 6º, da Lei 13.146/2015:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

> *I - casar-se e constituir união estável;*
> *II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;*
> *III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;*
> *IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;*
> *V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e*
> *VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.*

Bem se percebe que esse dispositivo nada refere acerca de atos de caráter patrimonial, referindo direitos de marcada dimensão existencial. O art. 4º, da Lei 13.146/2015, complementando, estabelece o direito à igualdade do portador de deficiência. Assim sendo, conclui-se que não existe mais nenhuma pessoa dotada de deficiência, enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto considerada incapaz desde logo, seja a incapacidade absoluta ou relativa. A propósito, vale transcrever a redação atual dos arts. 3º e 4º, do Código Civil:

> *Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *~~Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:~~*
> *Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;*
> *~~II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência~~*

> ~~*mental, tenham o discernimento reduzido;*~~
> ~~*III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;*~~
> *II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *IV - os pródigos.*
> ~~*Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.*~~
> *Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

O fato de não se constituírem em pessoas dotadas de incapacidades civis não significa que as pessoas portadoras de alguma espécie de moléstia, deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto não estejam submetidas a qualquer espécie de regime protetivo. Para isso continua existindo o instrumento da curatela, valendo transcrever o que dispõe a Lei 13.146/2015 a respeito:

> *Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.*
> *§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.*
> *§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.*
> *§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.*
> *§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.*
> *Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.*
> *§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.*
> *§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.*
> *§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.*
> *Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.*

> *Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.*

O Código Civil, por seu turno, ao tratar da curatela, no que importa, dispõe o seguinte:

> *Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:*
> *I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *IV - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *V - os pródigos.*
> *Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *I - pelos pais ou tutores;*
> *II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;*
> *III - pelo Ministério Público.*
> *IV - pela própria pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *I - nos casos de deficiência mental ou intelectual; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;*
> *III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *Art. 1.777. As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo*

> *o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *Art. 1.778. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observado o art. 5o.*

O art. 85, caput, da Lei 13.146/2015 dispõe expressamente que a curatela se circunscreve aos atos de natureza patrimonial e negocial. Para os atos de caráter existencial, notadamente aqueles discriminados no art. 6º, da Lei 13.146/2015, foi instituído novo instituto, chamado Tomada de Decisão Apoiada, cujo procedimento se encontra regulado no art. 1783-A, do Código Civil:

> *Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e*

> *um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
> *§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

Não há mais curatela total, voltada a proteger absolutamente incapaz. Agora toda curatela é parcial, circunscrita às hipóteses descritas no art. 1782, do CC (art. 1772, CC), e as situações antes consideradas de deficiência mental, enfermidade mental e desenvolvimento mental incompleto não mais ocasionam incapacidades.

Uma dúvida surge de tudo isso: o texto do art. 1783-A, §§ 5º e 6º, sugere tomada de decisão apoiada para realização de negócios jurídicos de caráter patrimonial e de contratos, os quais, em sua grande maioria, tem efeitos patrimoniais ou produzem alguns efeitos de caráter patrimonial. Assim, conclui-se que a adoção desse modo de proteção do incapaz somente pode ser utilizado em situações de caráter patrimonial se se tratar de pessoa com deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto em que, no caso concreto, seja possível reconhecer razoável compreensão da situação negocial, bem como razoável compreensão do significado social dos atos que pratica em geral, a ponto de ser desnecessária a curatela. Tratando-se de pessoas com grave redução da capacidade de discernimento, a medida de salvaguarda deve ser realmente a curatela[1].

1 - Essa conclusão parece estar em desacordo com o regime instituído pela própria Lei, na qual se estabelece que a vontade da pessoa com deficiência será sempre considerada. A interpretação deve levar em consideração a definição de adaptação razoável, pois nem sempre a utilização de métodos de tecnologia assistiva ou de outros instrumentos de tecnologia existentes no momento possibilitarão à pessoa participar ativamente da vida social. Assim, se o déficit for cognitivo e de natureza ampla, comprometendo grande parte da capacidade intelectual da pessoa, muito provavelmente sua inclusão será focada na sua dimensão afetiva e emocional, sem desprezar os estímulos à sua dimensão cognitiva, contudo, ainda assim não será

Assim, o que outrora se chamava modos de suprimento da vontade dos deficientes mentais, portadores de enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto, hoje consideradas medidas de salvaguardas de pessoas com deficiência mental, consiste na assistência (curatela) e na tomada de decisão apoiada.

4. BREVE ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUE SUSTENTAM A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO ALTERNATIVO:

O objetivo do presente tópico não é empreender uma análise exaustiva desses substratos teóricos, nem focar a atenção nos argumentos esgrimidos pelas correntes filosóficas, nem tampouco fazer a defesa de um ou outro ponto de vista, mas apenas descrever as fontes de onde derivam essas ideias para compreender como o que ocorreu não consiste apenas em modificação legislativa, mas em autêntica mudança do modo de ver a deficiência no contexto internacional. Para tanto, utilizar-me-ei, no que for relevante para o trabalho, das ideias esboçadas no livro Fronteiras da Justiça, da filósofa norte-americana Martha Nussbaum.

No livro a autora rediscute as teorias contratualistas de justificação da sociedade e de princípios de justiça, com destaque para a teoria de John Raws, e conclui que todas elas são insuficientes para inserir no pacto inicial de formulação de princípios de justiça as pessoas acometidas por alguma deficiência. Os motivos seriam os mais variados, valendo destacar: a) a exigência de que o pacto seja firmado entre pessoas iguais, livres e independentes, o que requer uma igualdade aproximada de condições normais de faculdades morais e condições físicas; b) a exigência da vantagem mútua como pressuposto para que o contrato social seja firmado, entendida essa como vantagem de natureza econômica, calcada nos critérios de renda e riqueza; b) a concentração da atenção da teoria no aspecto racionalidade da pessoa, faculdade que lhe dotaria de dignidade (compromisso da teoria de Raws com a filosofia de Kant, a ponto de ser conhecida como construtivismo kantiano); d) o foco em uma situação original em que as pessoas com deficiência são vistas não como iguais, ou seja, não há razão de se cooperar com essas pessoas porque elas não são produtivas e não tem o que oferecer às demais, consideradas normais.

possível promover inclusão plena da pessoa, estando o curador autorizado a praticar determinados atos de caráter negocial até que a tecnologia existente evolua a ponto de permitir a participação plena e efetiva daquela pessoa com autonomia, algo que pode nunca acontecer. De certo modo, o procedimento de tomada de decisão apoiada, posto que voltado a atos de caráter não patrimonial, pode também ser utilizado para esse fim, dependendo do grau de deficiência experimentado no presente pela pessoa.

Diante da sua condição de desigualdade física e mental, essas pessoas com deficiência seriam objeto de dominação e não de justiça.

A propósito, Nussbaum dialoga constantemente com Raws, pois visa se aproveitar em parte de sua teoria, afastando-se de seu comprometimento lógico com a doutrina do contrato social. Para desenvolver seu raciocínio, inicialmente ela trata da teoria criada por John Raws.

Segundo Nussbaum, Raws adota uma concepção procedimental de justiça, centralizando sua atenção nas condições ideais em que princípios de justiça seriam formulados para reger a relação entre cidadãos em uma sociedade bem ordenada.

Para tanto, supõe uma situação fática propícia à imparcialidade, sem recorrer a qualquer artifício como a consideração de que o ser humano é bom por natureza, como o fez John Locke. Nessa situação, que chama posição original, os cidadãos são livres, independentes e possuem uma mesma condição normal de desenvolvimento de suas personalidades (não estão abaixo de um nível mínimo de normalidade), condição normal essa que exclui dos cidadãos que integram a posição original as pessoas com deficiência.

Segue Nussbaum explicando que para Raws a situação de imparcialidade é alcançada mediante o artifício do véu da ignorância, ou seja, as pessoas sabem que tem uma determinada concepção de bem, mas ignoram o seu conteúdo, assim como ignoram sua condição de raça, cor, sexo e desenvolvimento intelectual, isto é, ignoram as características que lhes são atribuídas pela loteria natural.

As pessoas que participam do pacto inicial para firmar princípios de justiça agem para alcançar vantagens recíprocas, considerando que todas são pessoas produtivas, entendido o termo em um sentido econômico.

O objetivo de Raws, segundo Nussbaum, é formular um esquema simples, abstrato e básico de princípios que parta de uma concepção parcial de bem e que não comprometa o regime liberal de justiça. Para tanto, não pode fixar uma noção única do que seja o bem, pois se assim o fizesse eliminaria a liberdade das pessoas de adotar concepções diversas, estabelecendo para todos uma concepção única de vida boa.

Para tanto, Raws lança mão do conceito de bens primários, partindo do pressuposto de que para a justiça política e social basta uma semelhança parcial entre as concepções dos cidadãos acerca do bem. Nas palavras do filósofo norte-americano, "Basta que los cidadanos se vean a si mismos como movidos por los dos intereses de orden supremo de la personalidad moral, y para promover sus concepciones particulares del bien, por muy distintos que puedan ser sus fines y lealtades últimos, sean necesarios más o menos los mismos bienes primários, por ejemplo, los mismos derechos, libertades

y oportunidades, así como ciertos médios omnivalentes, como la renta e la riqueza" (RAWS, John. **La justicia como equidad.** Materiales para uma teoria de La justicia. Tradução M. A. Rodilla. Madrid: Tenos, 1999, p. 265).

A lista de bens primários, para Raws, compreenderia liberdades básicas, como a de pensamento e de consciência, de associação, império da lei, liberdades políticas, de movimento e de escolha de ocupação sobre um contexto de oportunidades diversas, poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade, particularmente inseridos nas principais instituições políticas e econômicas, renda e riqueza e as bases sociais do autorrespeito.

Dentro desse contexto as pessoas firmariam dois princípios de justiça: 1) cada pessoa tem um igual direito ao mais amplo esquema de iguais liberdades básicas compatível com um esquema similar de liberdades para todos (princípio da igualdade); 2) as desigualdades econômicas e sociais têm de satisfazer duas condições: tem que a) ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade; e b) estar adstritas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de equitativa igualdade de oportunidades (princípio da diferença).

Afirma Nussbaum que nesse esquema teórico as pessoas com deficiência estão excluídas e somente serão contempladas em um momento posterior, **quando já formada a sociedade bem ordenada com base nesses princípios de justiça em cujas bases suas necessidades não foram consideradas**. Prossegue suas conclusões fazendo uma crítica a Raws o qual, segundo ela, estabelece como critério de medição do bem estar social apenas a riqueza e a renda, mesmo depois de considerar que as bases sociais do autorrespeito seriam um bem primário.

De acordo com Nussbaum, ao tratar da teoria de Raws, as pessoas com deficiência poderiam ser contempladas no futuro, não por ocasião de firmar o pacto acerca dos princípios de justiça destinados a reger as relações das pessoas normais. **Isso significa que sua proteção adviria de caridade e não de justiça**.

O objetivo da filósofa norte-americana é justificar a obrigação de cooperação entre os indivíduos em um amor à própria justiça e na compaixão que as pessoas em geral tem a respeito daquelas pessoas que necessitam de mais do que as outras para ter uma condição de vida apropriada à dignidade da pessoa humana, afastando-se do esquema da vantagem recíproca analisada exclusivamente do ponto de vista econômico. Para isso, rompe com o paradigma kantiano de dignidade, desenhando um conceito que leva em consideração não apenas a racionalidade, mas igualmente as necessidades próprias do aspecto animal da pessoa, os quais, juntamente com a sociabilidade, justificam

a necessidade de cooperação entre as pessoas, as quais firmam um pacto de justiça englobando as capacidades, compreendidas como oportunidades de escolha e de atividades que devem ser fomentadas e estimuladas em qualquer ser humano para que ele tenha condições apropriadas de vida dotada de dignidade. Para tanto, considerando sua compaixão (benevolência) e seu amor à própria justiça, não excluirão as pessoas deficientes do pacto inicial que indicará as condições de justiça que regerão a vida das pessoas em sociedade.

Ao proceder dessa forma, aspectos referentes ao cuidado e ao ambiente propício ao autorrespeito são conduzidos como objetivos de justiça a serem alcançados, imbricados no próprio conceito de dignidade, juntamente com dez capacidades elencadas, de modo que os mecanismos de proteção não sejam fornecidos às pessoas com deficiência para adaptá-las a condições sociais injustas, mas sim para criar uma sociedade justa em que os impedimentos que caracterizam as pessoas com deficiência sejam eliminados ou reduzidos a ponto de favorecer sua plena inclusão e exercício integral de todos os direitos.

Ao assim proceder Nussbaum defende que apesar de estender a lista de bens primários, inserindo nela um conteúdo diversificado, não rompe com o liberalismo político, pois apenas fixou uma lista mínima para que as pessoas tenham uma vida boa, sem esgotá-la, ainda havendo amplo espaço para essa discussão entre os cidadãos. A propósito, escreve:

> "O enfoque das capacidades não pretende fornecer uma explicação completa da justiça social. Não diz nada, por exemplo, sobre como a justiça trata desigualdades acima do nível mínimo. (Nesse sentido não responde a todas as questões respondidas pela teoria de Raws). É uma explicação do mínimo de garantias sociais e centrais e é compatível com diferentes visões sobre como lidar com questões de justiça e distribuição que surgiriam uma vez que todos os cidadãos estivessem acima do nível mínimo. Tampouco insiste que essa lista de direitos seja uma explicação exaustiva da justiça política; pode haver outros valores políticos importantes, estreitamente conectados com a justiça, e que ela não incluiu em seu esquema" (p. 91).

A lista de Nussbaum, que seria aberta e suscetível de modificação ao longo do tempo, compreenderia as seguintes capacidades:

> ***a) "Vida**: ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la; b) **saúde física**: ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver;*

*c) **integridade física**: ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução; d) **sentidos, imaginação e pensamento**: ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo "verdadeiramente humano", um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas; e) **emoções**: ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento); f) **razão prática**: ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa); g) **Afiliação: g.1.** ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política); **g.2.** ter as bases sociais do autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional; h) **outras espécies**: ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza; i) **lazer:** ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas; j) **controle sobre o próprio ambiente**: j.1. **político**: ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação; j.2. **material**: ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais;*

> *ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores".*

Por isso as pessoas acometidas por alguma deficiência não mais podem ser consideradas incapazes *a priori*, pois ao assim proceder a sociedade as discrimina e impede sua inclusão e consequente exercício integral de todos os direitos de que é titular, privando-as também do desenvolvimento de todas as faculdades que favorecerão sua inclusão na sociedade.

Em outras palavras, tanto a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, quanto a Lei 13.146/2015, que a regulamenta, partem de um viés diverso daquele que as gerações passadas de juristas estudaram no Direito Civil. Antes, pensava-se em mecanismos de proteção que desde já incapacitavam a pessoa e não atribuíam qualquer obrigação à sociedade e ao Estado de promover a habilitação/reabilitação das pessoas com deficiência à uma vida plena e a condições de vida apropriadas à dignidade da pessoa humana. Sem refletir adequadamente sobre essas questões, as gerações passadas de operadores do Direito dispensavam às pessoas com deficiência um tratamento discriminatório porque não eram tratadas com justiça, recebendo alguma proteção por questão de caridade. Em suma, os juristas se acostumaram a aplicar os institutos herdados de outras épocas sem se perguntar se eles eram adequados a promover às pessoas com deficiência condições de vida apropriadas à dignidade da pessoa humana.

De acordo com a perspectiva ideológica desenvolvida atualmente, essas pessoas devem ser incluídas na sociedade e essa inclusão é parte dos princípios de justiça que a regem, de modo que as medidas de salvaguarda que impedem temporariamente o exercício pleno dos direitos somente podem ser tomadas caso se comprove no caso concreto que a deficiência é realmente caracterizada por uma barreira que obstrui nesse período de tempo o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

No mesmo caminho segue o Parecer 266, de 2015, da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, de autoria do Senador Romário (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1), no qual consta, após breve digressão histórica, que passamos da fase da integração para a fase da inclusão, pois "o foco agora não é mais amparar ou eliminar o que está supostamente errado com a pessoa, e sim corrigir o que está errado com a sociedade que as segrega por não ser capaz de derrubar as barreiras impeditivas da plena inclusão social".

Ao tratar da deficiência, discorre o parecer:

> *"Não há uma deficiência intrínseca. A deficiência decorre de uma característica atípica da pessoa em interação com barreiras de diversas categorias existentes na sociedade. Por isso o conceito de deficiência está em permanente evolução, uma vez que cada vez mais se estudam e se descobrem condições raras de indivíduos que os impedem de exercer plenamente suas potencialidades, dada a existência dessas barreiras mencionadas. Não podemos, portanto, correr o risco de, ao adotarmos uma solução pela descrição exaustiva dos tipos de deficiência, chancelar o engessamento de situações abrigadas sob o guarda-chuva da segurança jurídica em detrimento de novas situações de impedimentos de natureza física, mental, sensorial, intelectual obstrutivos da plena participação na sociedade, não acobertados pelos rígidos padrões tipificados pela legislação"*.

Ainda no parecer vale transcrever longo trecho elucidativo sobre a relação entre capacidade/incapacidade e deficiência:

> *"Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento suficiente para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, a priori, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade,* ***são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade****. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade.*
>
> *Considerar que a deficiência, e não a falta desses outros elementos, justifica qualquer limitação de direitos é* ***institucionalizar a discriminação****. Esse paradigma proposto pelo SCD rompe com uma cultura de preconceitos e estigmas impostos às pessoas com deficiência, principalmente intelectual. Mesmo nessas hipóteses extremas, a curatela afetará, tão-somente, os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, na redação proposta pelo art. 85, do SCD.*
>
> *Reiteramos, ainda, a posição do SCD, que estendeu o conceito de capacidade para outras áreas além do direito ao trabalho e do direito ao voto. De fato, seguindo a linha de que a decretação da curatela se limita aos atos de natureza patrimonial e gerencial, ao curador é vedado interferir nos demais aspectos da vida íntima e personalíssima da pessoa com deficiência, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, bem como na educação e na saúde.*

> *Em outras palavras, o valor desses dispositivos reside em* ***desvincular a associação imediata entre deficiência e incapacidade civil ou política, sem afastar a possibilidade de apoio para o exercício da capacidade legal para praticar os atos da vida civil****, caso isso seja necessário, com ou sem deficiência, oferecendo salvaguardas contra possíveis abusos. Entendemos, na linha da Convenção, que* ***as pessoas com deficiência não podem sofrer limitações na sua capacidade civil****. Assim, impõe-se a revogação de toda a legislação que dispõe em sentido contrário. Os institutos da tutela e da curatela têm sido empregados de modo retrógrado e draconiano,* ***limitando exageradamente a capacidade das pessoas que deveriam ser suas beneficiárias****. Com as alterações promovidas pelo SCD, apenas os menores de dezesseis anos seriam absolutamente incapazes, prevalecendo à capacidade relativa para os ébrios e os toxicômanos, além daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.* ***A curatela passa a considerar apenas os critérios de discernimento e capacidade de exprimir a vontade, deixando de considerar a existência de deficiência ou enfermidade****. Às pessoas com deficiência, especificamente, seriam aplicáveis as regras previstas nos arts. 84 a 87 do SCD, e na nova redação dada ao art. 1.769 do Código Civil" (grifos meus).*

A partir da Lei 13.146/2015, houve desvinculação necessária entre curatela e interdição, na medida em que aquela é voltada tanto a servir de medida de salvaguarda às pessoas com deficiência, quanto como instrumento protetivo de pessoas incapazes.

Finda essa abordagem do substrato teórico da situação de deficiente no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a um esboço de interpretação acerca do regime jurídico dos deficientes, diante da manutenção do sistema protetivo anterior e da revogação das disposições que consideravam essas pessoas incapazes.

5. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: MEDIDAS DE SALVAGUARDA E REGIME PROTETIVO:

Do exposto até o presente momento verifica-se que o objetivo tanto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, quanto da Lei 13.146/2015, é reformular a política de atendimento às necessidades das pessoas com deficiência a partir da mudança do foco do Estado de uma perspectiva meramente assistencialista, restrita à caridade, para uma perspectiva de equidade, centrada na justiça.

Desse modo uma série de obrigações são atribuídas à sociedade e ao Estado no sentido de promover a inclusão efetiva das pessoas com deficiência e reprimir/eliminar toda forma de discriminação, seja por meio de atividades de natureza jurídica (revogação de leis, determinações políticas atitudinais e voltadas à educação), seja por meio de prestações fáticas (acessibilidade, saúde, educação, trabalho, habilitação e reabilitação, etc.).

Concretizando esse propósito o art. 6º, caput, da Lei 13.146/2015, dispõe expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, pois uma grande gama de obrigações foram impostas ao Estado e à sociedade no sentido de equilibrar as relações entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, corrigindo distorções estruturais sociais de modo a suplantar as barreiras diversas que obstruem o livre desenvolvimento da personalidade pelas pessoas com deficiência.

O propósito, portanto, é de evitar tratamento discriminatório prejudicial à pessoa com deficiência, e não deixá-la no completo desamparo. Muito pelo contrário, o ordenamento jurídico reconhece a situação de diferenciação da pessoa com deficiência e em razão dessa diferenciação fática é que uma série de obrigações jurídicas foram impostas. Nesse sentido dispõe o art. 4º e §1º, da Lei 13.146/2015:

> *Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.*
> *§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.*

O ideal é que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade legal em igualdade com as demais pessoas (art. 84, caput, da Lei 13.146/2015), mesmo que para isso devam ser previstos anteparos, providências protetivas ou medidas de salvaguarda para evitar o prejuízo consistente na distinção, restrição ou exclusão baseada na deficiência e que sejam adequadas à condição da pessoa com deficiência (artigo 12, alíneas 3 e 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 2007).

Esse é o critério hermenêutico que deve orientar o operador do Direito no momento de solucionar os diversos problemas práticos que possam surgir.

Uma primeira questão que surge é a seguinte: a nova Lei dispõe que as pessoas com deficiência sem o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos, e as pessoas sem desenvolvimento mental completo, não se consideram absolutamente, nem relativamente incapazes, respectivamente, como previa a legislação anterior. Com isso, automaticamente essas pessoas se tornam capazes, de modo que as interdições anteriores a 07/01/2016, data de entrada em vigor da nova Lei, perderam suas eficácias?

Entendo que não, pois a sentença que decretou a interdição seguiu um procedimento previsto em lei e transcorreu sem mácula. A nova Lei terá aplicação regular a partir da sua entrada em vigor. Ressalte-se que a própria Lei 13.146/2015, em seu art. 84, §3º, dispõe que a curatela será temporária e excepcional, sujeita a revisão pelo próprio órgão judiciário que a decretou (artigo 12, alínea 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 2007). Desse modo, em respeito ao paralelismo das formas, somente o Poder Judiciário, devidamente provocado ou pela própria pessoa com deficiência, ou pelo Ministério Público (CC, art. 1768, IV e art. 1769, I, respectivamente), pode promover o levantamento da curatela, alterar os seus termos ou prorrogar seu prazo de duração.

Apesar de haver posicionamentos em sentido contrário na doutrina, reputo que a novel legislação não promoveu alteração na denominação da demanda instrumentalizada para requerer designação de curador à pessoa com deficiência. Aliás, reputo que é mesmo irrelevante essa questão. A própria lei, ao modificar artigos do Código Civil concernentes à curatela, manteve a expressão "interditando" (arts. 1771, caput e 1772, parágrafo único). Ademais, o objetivo da interdição, na visão de quem redige o trabalho, não era a declaração de incapacidade, mas sim a sujeição de uma pessoa aos cuidados de um curador, nos limites da curatela, em virtude do reconhecimento de uma situação de incapacidade (art. 755, I, CPC 2015 e art. 1.183, parágrafo único, do CPC de 1973)[2]. Essa é uma das justificativas de natureza técnica pela qual a sentença de interdição produz efeitos *ex nunc*, visto que é juridicamente impossível a retroação desse efeito[3].

2 - No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental**. In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. p. 14-18. Julho-setembro de 1986.

3 - Essa observação tem a ver com os efeitos da sentença de interdição em relação com os atos jurídicos pretéritos praticados pelo incapaz no regime anterior à entrada em vigor da Lei 13.146/2015. Apreciando precedentes do STJ e de Tribunais de Justiça era possível constatar que havia três motivos principais para entender que os atos jurídicos pretéritos não tinham sua validade fulminada pelo simples fato de ter sido decretada a interdição do incapaz, dois de natureza estritamente técnica e um de natureza principiológica: a) a invalidade decorria da situação de incapacidade e não da interdição propriamente dita, pois uma vez comprovada a incapacidade, mesmo que não houvesse interdição, o ato seria inválido; b) a interdição sujeitava o incapaz aos cuidados de um curador em virtude do reconhecimento de uma situação de incapacidade. Isso significa que a sentença de interdição tinha uma eficácia declaratória, contudo,

Assim, mesmo que não exista mais um vínculo necessário entre incapacidade e interdição, os efeitos principais desse processo continuam sendo os mesmos. O que a lei de direito material reformulou foi aquilo que na demanda consistirá no fundamento jurídico: antes seria uma situação de incapacidade e agora poderá consistir também em uma situação de deficiência nos termos da Lei 13.146/2015.

Outro ponto que já levanta discussões é a norma contida no art. 198, I, do CC, cuja redação é a seguinte:

> *Art. 198. Também não corre a prescrição:*
> *I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;*

Essa regra protegia o absolutamente incapaz nas relações jurídicas que mantivesse com qualquer pessoa, na medida em que eventual desídia não podia ser a ele imputável, pois somente por meio de um terceiro, seu representante legal, poderia realizar atos jurídicos, no caso, exercer a pretensão por meio do ajuizamento de uma demanda judicial. Outra regra que teria a mesma justificativa é a prevista no art. 197, III, do CC:

> *Art. 197. Não corre a prescrição:*
> *(...)*
> *III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.*

Da mesma forma que a regra insculpida no art. 198, I, do CC, o curatelado não teria condições de exigir reparação civil ou o pagamento de outra dívida qualquer do curador porque somente por intermédio dele a pretensão poderia ser exercida. Desse modo, o incapaz estaria temporariamente impossibilitado de exercer a pretensão.

Fazendo uma breve consulta em artigos escritos na internet mencionados ao final verifica-se que todos os doutrinadores esboçam a ideia de que não sendo mais as pessoas deficientes incapazes, as regras de impedimento de correr do prazo prescricional não mais se aplicam a elas, salvo se forem curateladas e a pretensão for exercida em face do curador, com fundamento no art. 197, III, do CC.

---

sua eficácia preponderante era de natureza constitutiva, criando uma situação jurídica nova na relação curador/curatelado; c) a proteção da boa-fé de terceiros, os quais estariam impossibilitados de defender-se adequadamente e de discutir a situação jurídica do outro figurante do negócio jurídico na época em que firmado o negócio jurídico. Mantém entendimento no mesmo sentido da continuidade da existência do procedimento de interdição, posto que por outros fundamentos: GAGLIANO, Pablo Stolze. **É o fim da interdição?** Sítio eletrônico: http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano. Publicado em fevereiro de 2016.

A quem escreve o presente artigo não parece muito coerente que antes da entrada em vigor da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York, em que o objetivo não era equilibrar as relações entre pessoas com deficiência e promover sua inclusão social, mas conferir alguma proteção por motivo de caridade, o prazo prescricional não corresse contra elas, e hoje que o objetivo do ordenamento jurídico modificou-se integralmente, estabelecendo uma obrigação aos Estados de conferir medidas de salvaguarda adequadas às especificidades de cada pessoa com deficiência (artigo 5, alínea 4, artigo 12, alíneas 4 e 5, todos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York) a interpretação seja diversa, sem medidas de salvaguarda, sem consideração das especificidades, dos diversos graus de deficiência, das diversas funcionalidades que são afetadas, do risco que essa interpretação possa causar a muitas pessoas com deficiência, as quais ficariam no completo desamparo legal e sem condições de exercer efetivamente sua capacidade legal, conforme dicção do art. 84, caput, da Lei 13.146/2015.

É necessário recordar que o objetivo da exclusão das pessoas com deficiência do rol dos incapazes foi considerá-las sujeitos destinatários dos princípios de justiça que regem a sociedade, de modo que o tratamento a elas fornecido não importe em simples adaptação delas a condições sociais injustas, meras concessões por motivo de caridade. O dever de inclusão parte do pressuposto de que essas pessoas possuem impedimentos diversos que em combinação com inúmeras barreiras sociais ocasionam a deficiência e que o rompimento dessas barreiras requer o reconhecimento da sua condição de vulnerabilidade e a imposição de muitos outros deveres ao Estado para que possam desenvolver todas as potencialidades de sua personalidade.

Tomando esse critério hermenêutico como ponto de partida, conclui-se que há impedimentos de caráter cognitivo, emocional, sensorial, etc., que dependem de estímulos por meio do que a Lei 13.146/2015 chama adaptação razoável, mecanismos de tecnologia assistiva voltados a promover a efetiva inclusão da pessoa[4]. Dentro desse contexto, é possível que a tecnologia

4 - Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:
(...)
III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social; (...)
VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

disponível ainda não autorize vencer completamente aquele impedimento, de modo que a pessoa dependa de um curador para realizar determinados atos jurídicos. A importância da exclusão das pessoas com deficiência do rol dos incapazes é atribuir ao Estado a obrigação de estar sempre buscando alternativas para a plena inclusão da pessoa, para que ela possa exercer de fato sua capacidade legal em igualdade de condições com as pessoas que não tem deficiência (art. 4º, art, 6º e art, 84, caput, da Lei 13.146/2015), pois, não custa repetir, essa característica não decorre do impedimento em si, mas da sua combinação com condições injustas da vida social[5].

Assim, por mais que as pessoas com deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto não sejam incapazes, podem não apresentar o necessário discernimento para a prática dos atos jurídicos essenciais ao exercício dos direitos de que são titulares. Por mais que a legislação não tenha sofrido a necessária adaptação no art. 198, I, do CC, não se pode desconsiderar o disposto no art. 197, III, do CC e a partir dele e da sua combinação com os arts. 4º, 6º e 84, da Lei 13.146/2015 e com o art. 12, alíneas 3 e 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York, extrair um princípio protetivo em relação às pessoas com deficiência, no sentido de que não corre a prescrição contra as pessoas com deficiência caracterizada por impedimento de caráter cognitivo, mental, sensorial, emocional, etc., ou sem desenvolvimento mental completo, que não tenham o necessário

5 - Um bom exemplo de como essas especificidades moldam as medidas de salvaguarda, a adaptação razoável e os mecanismos de tecnologia assistiva se encontra no trecho que se transcreve da obra de Nussbaum:

"Pessoas com impedimentos mentais graves, assim como outros seres humanos, têm necessidades em todas as áreas abrangidas pelas capacidades. Uma boa assistência irá tratar de todas essas necessidades. Fora isso, pouco pode ser dito, de modo geral. Um bom assistente para uma pessoa com lesão mental – e boas políticas públicas que apoiem o cuidado – deve reconhecer e adequar-se à natureza particular do impedimento da pessoa. Um bom cuidado para Sesha é aquele centrado em afeto, equilíbrio emocional e saúde. Sua grande capacidade para afeição e prazer deve ser sempre central em qualquer relacionamento com ela. Um bom cuidado também vai alimentar a sua necessidade de estímulo cognitivo – seu amor por música e movimento, por exemplo, ou seu grande interesse em não estar confinada em um único ambiente físico. Mas o estímulo cognitivo deve ser mantido em um nível que seja apropriado para as suas capacidades. Emprego, participação política e a escolha de um modo de vida parecem ser menos pertinentes a sua situação.

O caso de Arthur é completamente diferente: suas enormes capacidades cognitivas precisam ser alimentadas em uma atmosfera que não lhe cause trauma emocional, seja por causa de *bullying* ou de seu medo geral de grupos. Ele precisa de apoio constante e em acordo com as suas capacidades de relacionamento; uma assistência nessa área que seria ótima para a maioria das crianças, seria inadequada para ele" (**Ob. cit.**, p. 208). Sesha e Arthur são pessoas mencionadas pela filósofa norte-americana no início do segundo capítulo de sua obra, a primeira acometida de paralisia cerebral congênita e retardo mental grave e o segundo de síndrome de Asperger e um tipo de autismo de alto nível funcional, como a síndrome de Tourette. O importante é ter em vista que as especificidades das deficiência implicam em adaptação razoável dos cuidados necessários ao desenvolvimento de suas funcionalidades afetadas, das medidas de salvaguarda e dos mecanismos de tecnologia assistiva.

discernimento para o exercício da pretensão, objetivando assegurar os direitos de que são titulares.

O próprio teor desse princípio obsta que todas as pessoas com deficiência sejam tratadas da mesma forma, pois há graus diversos de deficiência, de modo que somente o tratamento individual possibilitaria verificar no caso concreto a aplicabilidade desse princípio. Assim, a verificação da prescrição dependeria da produção de prova pericial ou da verificação do grau e do tipo de deficiência por outro modo e só depois o magistrado poderia decidir[6].

Essa conclusão pode sofrer duas críticas: a) compromete a segurança jurídica; b) as regras de suspensão, impedimento e interrupção da prescrição são de direito estrito e dependem de previsão expressa em lei.

A primeira crítica se afigura como uma constatação óbvia, mas o cumprimento de desígnios constitucionais de proteção da pessoa se revela mais importante, notadamente quando visa eliminar a discriminação e as barreiras sociais que obstruem o pleno desenvolvimento de pessoas com deficiência.

A segunda crítica é de ordem doutrinária, contudo, está ancorada à preocupação de concretizar a segurança das relações jurídicas travadas entre particulares. Se fosse possível estender a interpretação de normas que impedem a fluência do prazo prescricional e, consequentemente, mantém vivas pretensões por período de tempo indeterminado, as pessoas que figuram no polo passivo de relações jurídicas estariam eternamente vinculadas a deveres e obrigações contraídos há muito tempo. Ocorre que a interpretação aqui sugerida está em conformidade com desígnios constitucionais de salvaguardar posições de equilíbrio social e de proteção da pessoa[7].

Esse mesmo entendimento serve para sustentar a interpretação que se deve dar aos arts. 7º, a 9º, do CPC de 1973, correspondentes aos arts. 70 a

6 - Nesse caso, visando acelerar o rito procedimental, mormente nos casos em que a deficiência não consubstancia o objeto do processo, a prova pericial poderia ser simplificada, com inquirição do perito em audiência designada especificamente para isso, após breve exame da pessoa com deficiência, conforme autoriza o art. 421, §2º, do CPC de 1973, correspondente ao art. 464, §3º, do CPC de 2015. Nos Juizados Especiais Federais, esse questionamento acerca do impedimento de correr do prazo prescricional pode ser esclarecido mediante quesito formulado ao perito, o qual terá como objeto o grau de deficiência e de discernimento acerca da titularidade do direito e da necessidade de exercício da pretensão no prazo legal.

7 - Não se pode esquecer que já na década de 1980, no Brasil, o princípio da autonomia privada sofreu inúmeras modificações a partir da aplicação do princípio da boa-fé nas relações privadas, mesmo não havendo previsão expressa no Código Civil de 1916. Por meio desse princípio inúmeras obrigações que não decorriam de lei ou do contrato foram reconhecidas, importando em verdadeira mudança na abordagem das relações privadas para reconhecer que elas não deveriam apenas ser formalmente perfeitas, mas também para considerá-las substancialmente em consonância com valores primordiais do direito privado, como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como exemplo, tem-se a Apelação Cível589073956, julgada pela Quinta Câmara Cível do TJRS, relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 19/12/1989, em cuja ementa inicia: "O princípio da boa-fé impõe deveres anexos de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes". Em idêntico sentido o entendimento assentado no julgamento da Apelação Cível 591028295, julgado pela 5ª Câmara Cível do TJRS, relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 06/06/1991.

73 do CPC de 2015. Referidos dispositivos regulam a capacidade da parte de estar em juízo, a qual requeria, nas lições da doutrina que tinham foco no conceito de incapacidade, capacidade de fato ou de exercício[8].

Considerando que as pessoas com deficiência, abrangidas as acometidas de desenvolvimento mental incompleto, não mais se enquadram no rol das pessoas incapazes, é possível que os operadores do direito em geral concluam que essas pessoas não dependem mais do curador para ingressar com uma demanda em juízo.

Apreciando a legislação, reputo que esse não é o melhor entendimento a ser adotado. O fato de não mais se considerarem incapazes legalmente não significa que não sejam destinatárias de medidas de salvaguarda.

Essas medidas, de acordo com a Lei 13.146/2015, consistem na curatela e na tomada de decisão apoiada. Antes de prosseguir, visando facilitar a compreensão, transcrever-se-á o art. 1.783-A, do CC, introduzido pelo art. 116, da Lei 13.185/2015:

> *Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.*
> *§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.*
> *§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.*
> *§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do*

De certa forma, a interpretação sugerida no presente trabalho ocasiona modificação semelhante na abordagem do ordenamento jurídico no que concerne à situação das pessoas com deficiência no Direito Civil, devendo-se atentar apenas para o fato de que o critério hermenêutico proposto tem sua fonte nas impropriedades técnicas do legislador, o qual não promoveu as devidas adaptações legislativas às modificações que terminou por empreender.

8 - Na doutrina processual a capacidade para ser parte pressupõe autorização legal para integrar o polo ativo ou passivo. Em regra, corresponde aos entes dotados de capacidade de direito, além de outros que, mesmo destituídos dela, possuem uma personalidade judiciária, como o espólio e a herança jacente, por exemplo. Já a capacidade para estar em juízo consiste na faculdade de estar pessoalmente exercendo no processo os ônus, poderes, deveres e faculdades processuais. Não teriam capacidade para estar em juízo os incapazes, cuja representação deve ser regularizada mediante nomeação de representante legal, auxílio do assistente ou designação do curador especial. Diante das transformações sofridas pela legislação no que concerne ao regime das incapacidades, esse ponto também merece alguma reflexão.

Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.
§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.
§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.
§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.
§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.
§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.
§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.
§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.
§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela."

Lendo os dispositivos legais que regulam esses institutos constata-se que, em regra, a curatela é voltada à prática de atos de natureza patrimonial[9], ao passo que a tomada de decisão apoiada é voltada a atos de natureza existencial. Ademais, deduz-se da leitura dos dispositivos que a curatela é destinada a um maior número de atos jurídicos, ao passo que a tomada de decisão apoiada pode envolver um ou alguns poucos atos jurídicos e esgotar o seu objeto. Assim, a curatela é instituto destinado a pessoas cujo déficit de discernimento é de grau mais elevado do que aquelas para as quais a legislação instituiu a tomada de decisão apoiada, pois em relação a todos os demais atos da vida civil a pessoa com deficiência teria condição de praticá-los isoladamente.

9 - Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.
§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.
§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

Afirma-se que essas são as distinções que **em geral** se verificam, pois o §3º, do art. 1.783-A, pressupõe ato negocial entabulado com terceiro, o qual pode, portanto, deter caráter patrimonial.

Nesse caso, se o objetivo for simplesmente ingressar com uma demanda e a deficiência da pessoa não for de grau tão elevado a ponto de comprometer completamente seu discernimento para compreender o significado jurídico do ato que deseja realizar, aparentemente o instrumento adequado é a tomada de decisão apoiada, devendo-se antes de ingressar com a ação providenciar a designação dos apoiadores, conforme o procedimento estabelecido pelo art. 1.783-A, do CC.

Como sói acontecer na praxe forense, dificilmente os Advogados tomarão esse cuidado prévio, notadamente nas demandas de natureza previdenciária ou assistencial que tramitam na Justiça Federal, pois os litigantes, em geral, consistem em pessoas pobres e com graves déficits de educação, que não se preocupam em regularizar a situação jurídica de pessoas com deficiência que vivam sob seus cuidados.

Como nessas demandas o fundamento jurídico, em regra, consiste no fato do autor ser acometido por deficiência tão séria e grave que lhe retira o discernimento básico para a prática dos atos jurídicos, o mais aconselhável é suspender o processo por prazo razoável determinado pelo magistrado para que o autor, pessoa com deficiência, regularize sua situação dentro do processo, sob pena de restar desprotegido, conforme preconizava o art. 13, do CPC de 1973, atualmente correspondente ao art. 76, do CPC de 2015. Para isso, podem se utilizar tanto do instrumento da tomada de decisão apoiada, quanto da curatela.

Quando a pessoa com deficiência ocupar o polo passivo, afigura-se aplicável o disposto no art. 218, do CPC de 1973, correspondente ao art. 245, do CPC de 2015, os quais, mesmo utilizando termos discriminatórios ("demente" e "mentalmente incapaz" respectivamente), caso o oficial de justiça perceba déficit de discernimento para entender o significado da citação e os termos da demanda[10].

10 - Mesmo que a Lei 13.105/2015 considere a pessoa portadora de deficiência capaz e que sua interdição produza efeitos apenas parciais, semelhante ao que ocorria na época em que essas pessoas eram consideradas relativamente incapazes (ou totais, quando consideradas absolutamente incapazes), o certo é que se o oficial de justiça constatar o risco de prejuízo à pessoa portadora de deficiência, deve certificar e devolver o mandado sem cumprimento para o que magistrado tome as providências necessárias. O Juiz deverá indicar um médico que examinará o citando e apresentará um laudo no prazo de cinco dias. O CPC não regula o procedimento, o qual deve seguir a rotina própria da perícia médica. Havendo alguém responsável pela pessoa acometida de deficiência, deve conduzir o citando até o local onde seria submetido ao exame, sob pena de presumir-se sua situação de desprovida de discernimento necessário, com fulcro nos arts. 231-232, CC. Ressalte-se que se trata de dever da parte o comparecimento a Juízo porque esse exame não compromete o direito

Por fim, indaga-se: qual a consequência jurídica para o negócio jurídico firmado por pessoa com deficiência sem o necessário discernimento para a prática dos atos jurídicos?

No regime revogado pela Lei 13.146/2015, a incapacidade de um dos figurantes do negócio jurídico implicava em invalidade do negócio jurídico, já que o art. 104, I, do CC, dispõe ser um dos requisitos de validade o agente capaz.

Como as pessoas com deficiência deixaram de ser consideradas incapazes, seria possível concluir que o negócio jurídico seria válido.

A melhor interpretação, a quem escreve o texto, não parece ser esta. As pessoas com deficiência deixaram de ser consideradas incapazes não porque o legislador passou a entender que elas não merecem qualquer proteção, mas para evitar tratamento discriminatório e obstar que o Estado descumpra com deveres de promover adaptação razoável para a plena inclusão social dessas pessoas mediante derrubada das barreiras que, combinadas com a deficiência, impedem que ela desenvolva livremente sua personalidade.

Assim, constatado no caso concreto que a pessoa com deficiência não tinha o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos mediante prova pericial produzida, se necessário, por equipe multiprofissional e interdisciplinar (art. 2º, §1º, da Lei 13.146/2015), a conclusão é de que o negócio jurídico não poderia ser realizado somente pelo figurante cujo discernimento restou obnubilado, mas também por um curador ou apoiador. O negócio jurídico será nulo por preterição de solenidade essencial prevista em Lei, no caso, ser acompanhado por curador ou apoiador (art. 166, V, do CC).

Essas são, em linhas gerais, alguma das consequências da modificação do regime jurídico das incapacidades por parte da Lei 13.146/2015, obrigando

deduzido em Juízo, salvo se se tratar de interdição. Essa é a inteligência do art. 378 c/c o art. 379, III, do CPC de 2015 (correspondente aos artigos 339 e 340, III, do CPC de 1973). O mesmo se aplica ao responsável, com base no art. 380, I, do CPC (correspondente ao art. 341, I, do CPC de 1973). A advertência da presunção indicada nos artigos do CC retromencionados se enquadra no disposto no art. 380, parágrafo único, como medida indutiva (sem correspondente no CPC de 1973). Esse exame pode ser substituído por exames médicos recentes apresentados pelo responsável durante a diligência. Reconhecida a deficiência, o magistrado deverá nomear um curador para o ato específico. Ressalte-se que o CC foi alterado para determinar que no ato de nomeação do curador o Juiz deve considerar a vontade do deficiente, motivo pelo qual ele deve orientar os oficiais de justiça a certificarem, caso possível, se a pessoa com deficiência teve condição de declinar nome ou identificar aquele que ele preferiria que fosse seu curador para aquele ato específico.
Dependendo da forma como realizada a diligência, com juntada de laudos médicos, declarações de parentes, apresentação de eventual termo de curatela, é possível que a perícia retromencionada se torne desnecessária, diante de vastos elementos de convencimento que tornem a prova técnica despicienda (art. 464, §1º, II, do CPC/2015, correspondente ao art. 420, parágrafo único, II, do CPC/1973).

o intérprete a fazer uma análise mais detida e cuidadosa da legislação visando solucionar os problemas práticos que se anunciam e que continuarão a surgir.

6. CONCLUSÃO:

Após essas poucas páginas escritas sobre um assunto que reformulou todo o sistema de tutela jurídica da pessoa incapaz, modificando o eixo ao redor do qual gravitam todos os demais institutos de proteção e de eliminação de estigmas e preconceitos, conclui-se que as mudanças legislativas ocasionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não tem por objetivo equipará-las em todos os sentidos às pessoas que não apresentam qualquer deficiência. Ao contrário, parte-se da pressuposição de que o Estado deve ainda prover mecanismos que possibilitem às pessoas com deficiência exercer os seus direitos em igualdade com aquelas que não têm qualquer impedimento em suas funcionalidades e não estão sujeitas às mesmas barreiras.

A pessoa com deficiência não mais é considerada incapaz e nem pode sê-lo, mesmo que submetida ao regime da curatela ou da tomada de decisão apoiada. Tratá-la dessa maneira, na visão ideológica que permeia o Estatuto, seria como estabelecer para ela um rótulo idôneo a provocar uma discriminação injustificada, com aptidão para diminuí-la em sua personalidade e fomentar uma barreira social atitudinal.

O papel do Estado é estabelecer a adaptação razoável e estimular a criação de tecnologias assistivas voltadas a promover a inclusão social efetiva da pessoa com deficiência, de modo que as funcionalidades afetadas pela deficiência não sejam um impeditivo à efetiva interação dessas pessoas com todas as demais que compõem a sociedade.

O legislador brasileiro, contudo, ao aprovar a lei não adaptou o ordenamento jurídico a essa nova visão ideológica que passa a caracterizar o sistema de proteção das pessoas com deficiência, não mais consideradas incapazes, criando para o intérprete grandes desafios na aplicação de institutos como a interdição, a prescrição, as invalidades, a atuação processual, sem contar com os vários institutos de direito de família que nem mesmo foram objeto de abordagem nesse estudo.

A partir do que foi visto, talvez seja possível até levantar um questionamento acerca da constitucionalidade da lei, na medida em que promoveu uma proteção débil da pessoa com deficiência. A quem escreve esse texto não parece ser essa a melhor solução, pois o objetivo que impulsionou a aprovação do texto legal é o mesmo que inspirou a assinatura de uma Convenção Internacional envolvendo diversos países e que foi internalizada em nosso ordenamento jurídico com *status* jurídico de Emenda Constitucional.

De qualquer forma, o tema é recente e o autor desse esboço não tem a pretensão de esgotá-lo, nem tampouco o objetivo de abordá-lo em todos os sentidos possíveis, mas apenas de compartilhar suas angústias com o novo e de propor soluções para que um debate se inicie, com a consciência de que essas palavras foram postas no papel para serem superadas, o que é característico de todo trabalho científico.

BIBLIOGRAFIA:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental**. In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. p. 14-18. Julho-setembro de 1986.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. São Paulo, Editora Paulo de Azevedo, 1959, 12ª ed., 1959, volume 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo. Ed. Saraiva. 10ª ed., 2008, volume I.

_____. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil.** Sítio eletrônico: https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil. Publicado em julho de 2015.

_____. **É o fim da interdição?** Sítio eletrônico: http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano. Publicado em fevereiro de 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. Atualização: PINTO: Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. São Paulo. Ed. Saraiva. 39ª ed. 2003, volume 1.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça: Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução: CASTRO. Susana de. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela.** Sítio eletrônico: http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela. Publicado em 18/04/2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 3ª ed., 1971, Tomo IV.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 3ª ed., 1971, Tomo V.

RIBEIRO. Moacyr Petrocelli de Ávila. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos**

na ótica do notário e do registrador. Sítio eletrônico: http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIyMA==. Publicado em 26/08/2015.

TARTUCCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Primeira parte**. Sítio eletrônico: http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015. Publicado em setembro de 2015.

RAWS, John. **Justiça e Equidade**. In: **A idéia de justiça de Platão a Raws**. Org: MAFFETTONE, Sebastiano; e VECA, Salvatore. Tradução: JANINI, Karina. São Paulo. Editora Martins Fontes, págs. 385-443.

_____. **Justicia como equidad**. Seleção, tradução e apresentação: RODILLA, Miguel Ángel. Madrid. Editorial Tecnos. 1999.

A JURISPRUDÊNCIA E O PAPEL DO JUIZ NA ATIVIDADE CRIADORA DO DIREITO

The jurisprudence and the judge's role in law creation activity

Eduardo Almeida Pellerin da Silva
Bacharelando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Faculdade de Direito do Recife – FDR. Estagiou na Defensoria Pública da União e atualmente estagia na Justiça Federal em Pernambuco.

João Amadeus Alves dos Santos
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Faculdade de Direito do Recife – FDR. Membro do Grupo de Pesquisa "As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico", sob a coordenação do Prof. Dr. João Maurício Adeodato. Foi bolsista por duas vezes do PIBIC/UFPE/CNPq, estudando a obra de Miguel Reale acerca do Novo Código Civil. Advogado na firma Cossart & Mussalem Advogados.

Silvério Souto Maior de Carvalho Gomes
Bacharelando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Faculdade de Direito do Recife – FDR. Foi bolsista pelo programa Jovens Talentos, estagiário do Ministério Público do Estado de Pernambuco e monitor de Direito Processual Civil e Direito Constitucional, sob orientação dos professores Leonardo Carneiro da Cunha e José Luiz Delgado, respectivamente.

RESUMO: O presente trabalho parte de uma análise do direito como fenômeno da cultura humana para, então, investigar o que se chama "jurisprudência" enquanto fonte do direito. Assim, traça-se comparativo entre o caráter criativo e produtivo da interpretação, levando em conta a aplicação do direito. Isso se faz no intuito de perquirir acerca do papel dos juízes na

criação jurídica, por meio de breve escorço/comparativo histórico entre as concepções legalistas, normativistas e realistas, bem como pela compreensão do direito como compartimento da grande categoria histórico-social, na busca de desvendar aspectos ideológicos da criação jurisprudencial.

ABSTRACT: The following paper begins its analysis about law seen as human culture phenomenon for then to investigate what is so called "jurisprudence" in quality of source of law. Thus it is traced a comparison between interpretation's creative and productive features, taking into account the applicability of law. This is made in order to assert the judge role in legal creation by means of brief foreshortening historical comparative between legalist, normativist and realistic legal conceptions, as well by the comprehension of law as a historic-social compartment, in the quest to unravel ideological aspects among jurisprudential legal creation.

1. PROLEGÔMENOS. O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL. O PORQUÊ DE SE INVESTIGAR O CONCEITO E A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO FONTE DO DIREITO. PARADIGMAS EPISTEMOLÓGICOS PARA A ANÁLISE APRESENTADA.

De início, cabe estabelecer algumas premissas para o presente estudo. Antes de tudo, concebe-se, aqui o direito como um fenômeno social, situado em meio a crescente complexidade da sociedade. Logo, há uma demanda de um direito com searas cada vez mais específicas e complexas.

O direito, como elemento da cultura, é um produto da cognição humana, criado como técnica social para dirimir conflitos de interesses e organizar a sociedade. Desse modo, o âmago da experiência jurídica, enquanto ordenada normativamente, é influenciado e determinado por fatores sociais, axiológicos, deontológicos, históricos e políticos.

Dentre de tal compreensão panorâmica, busca-se, aqui, analisar desde o conceito até a importância da jurisprudência para a renovação dialética do direito enquanto fenômeno descrito acima, bem como os desdobramentos do entendimento da jurisprudência como fonte do direito nas grandes "famílias" do direito – Civil Law e Common Law.

Perfunctoriamente, o conceito e a importância da jurisprudência, enquanto fonte do direito, serão abordados segundo as perspectivas Legalista, Normativista e Realista, as quais serão analisadas em cotejo com o debate sobre

a seguinte questão: *se e em que medida o juiz cria, ou não, direito?* Também será brevemente analisada a vinculação do "juiz" (*latu sensu*), como expressão genérica para designar todo e qualquer operador do direito que influencie de algum modo a produção de jurisprudência (advogados, procuradores, promotores, assessores, estagiários que redigem peças processuais, juízes etc.), e sua grande responsabilidade social para a construção de uma sociedade mais justa e humana, ao aplicar o direito.

A crítica ao excesso de "procedimentalismo" e formalismo da concepção ultra-legalista – a qual concebe a atividade do juiz como mero processo dedutivo-silogístico, sendo a norma jurídica a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor e a decisão, a conclusão – será encetada. A derrocada dessa ideologia anacrônica se deve ao fato de que o direito faz parte do universo da cultura e, como tal, está imbuído pelos valores dos seus criadores e operadores (legisladores e juízes, por exemplo), os quais não conseguem se furtar de imprimir o valorado subjetivamente ao objeto que manejam.

Tais temas e problemas farão parte do escopo dos nossos estudos.

2. O DIREITO ENQUANTO CATEGORIA HISTÓRICO-SOCIAL E O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO. DOGMÁTICA JURÍDICA, ABISMO GNOSIOLÓGICO E ABISMO AXIOLÓGICO.

No plano filosófico, trabalho e cultura são conceitos de um mesmo plano, sendo essa o resultado daquele. Trabalho, em sua conotação filosófica, é entendido como o processo racional pelo qual o homem transforma a natureza e a si mesmo e, consequentemente, acaba por produzir cultura, a qual, por sua vez, pode ser, simploriamente, conceituada como o total de elementos materiais e espirituais construídos pela racionalidade humana[1]. Assim,

> cultura é tudo o que o ser humano acrescenta às coisas(*homo additus naturae*, diziam os clássicos) com a intenção de aperfeiçoá-las. Abrange tudo que é construído pelo homem e em razão de um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza, dando-lhe uma dimensão que é o valor. Cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses.[2]

Destarte, a ciência do direito surge com uma ciência cultural, "não como produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas

1 - REALE, Miguel**. Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.
2 - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

como um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real, que repousa sobre valorações" [3]. Por isso, conquistas no campo da teoria do conhecimento jurídico – chamada gnosiologia jurídica, gênero do qual a epistemologia jurídica, ou teoria do conhecimento científico do direito é espécie – situam-se na seara do culturalismo jurídico, que concebe o direito como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido valorativo, sendo, portanto, pertencente ao campo da cultura[4].

Partindo-se desse pensamento primário, do direito culturalmente concebido, não é difícil perceber uma das peculiaridades do Direito como produto da cultura humana, a sua natureza bifásica; ou seja, sua especialidade em ser abstrato (espiritualidade) e, ao mesmo tempo, concreto (materialidade). O fenômeno jurídico se expressa cognitivamente no consciente coletivo humano, mas também se manifestando na forma de símbolos linguísticos, dentre os quais o de maior relevância e notoriedade é, sem dúvida, a palavra.

Nesse ponto, é interessante notar que a linguagem jurídica em si mesma é também uma entidade bifásica. Para a Semiologia de Ferdinand Saussure, a língua e a linguagem constituem um sistema de múltiplos signos e símbolos – as palavras –, os quais, por sua vez, constituem-se de dois planos conceituais: o conteúdo (significado) e o indício material (significante) [5]. A complexidade do fenômeno jurídico torna-se, assim, evidente, pois, em outras palavras, não só o Direito é concreto e simultaneamente abstrato, como, inclusive, os elementos materiais que o compõem são igualmente bifásicos. O terceiro elemento do problema são os fatos, isto é, relatos de eventos, os quais são únicos, individuais e irrepetíveis, cuja apreensão nunca se dá inteiramente por completo pelos órgãos sensoriais humanos.

Logo, é importante ter em mente que a eterna incompatibilidade entre esses três elementos é designada pelo conceito de *abismo gnosiológico*, ou do conhecimento. Neutralizar essa irredutibilidade é eterno almejo, nunca totalmente conseguido, do direito[6]. Assim, no presente estudo, há de sempre se levar em conta que nunca haverá correspondência exata entre o relato acerca do acontecido (fato), a sua expressão linguística (significante) e a ideia presente no pensamento acerca disso (significado).

Feitas tais considerações filosófico-culturais, necessário se faz investigar o fenômeno da positivação do direito, a fim de perceber como falar em padrões jurídicos é algo insustentável.

Desde a modernidade, o fenômeno jurídico - visto como uma força sociopolítica normativa, capaz de nortear efetivamente condutas intersubjetivas

3 - FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977, p. 38
4 - COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 60.
5 - WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 25.
6 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 288-293.

humanas -, passou a relacionar-se principalmente com o surgimento dos Estados nacionais, que pretendiam monopolizar a produção jurídica (antes fragmentada pelas diversas entidades senhoriais) e intensificar seu caráter coercitivo. Assim, o Estado Moderno erigiu o princípio da soberania como cerne, construindo uma autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção[7]. Vejamos o que diz Marcelo Neves:

> O surgimento do Estado nacional moderno, em contraposição ao pluralismo feudal e à postura imperialista da Igreja, implica a pretensão de exclusividade de cada ordenamento jurídico estatal no respectivo espaço territorialmente delimitado.[8]

Neste caso, está implícita a noção de direito positivo, que pode ser entendido como aquele empiricamente observável e que depende da imposição de convicções éticas desejáveis para existir. O direito – entenda-se, novamente, direito positivo – é necessariamente obrigatório, podendo ser confirmado ou descumprido, mas nunca ignorado, visto que é sempre posto por alguma forma de poder ou estrutura social. Como a norma jurídica é juízo deontológico feito por uma autoridade competente, não depende necessariamente de sua real efetivação particular, numa perspectiva kelseniana:

> A afirmação de que um indivíduo "deve" se conduzir de certa maneira não implica que outro indivíduo "queira" ou "comande" tal coisa, nem que o indivíduo que deve se conduzir de certa maneira efetivamente o faça. A norma é a expressão da ideia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. Nada é dito pela norma sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão.[9]

Nessa perspectiva, interessante a relação entre o poder e a violência (como oposta ao poder) [10]. Estes são conceitos reciprocamente excludentes e inversamente proporcionais: o excesso de poder (consenso, reconhecimento da autoridade e do comando) implica a diminuição da violência, e o excesso de violência implica a perda de poder (não é à toa que estados totalitários precisam da violência para durar). Todavia, estes dois conceitos se exigem mutuamente (são reciprocamente excludentes, mas, ao mesmo tempo, são também includentes), pois todo poder (e o próprio Estado) reside um pouco

7 - BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheioros, 2010, p. 35.
8 - NEVES, Marcelo. **Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social***:* O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina**.** Trabalho apresentado ao II Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis, 1993, p. 313.
9 - KELSEN, Hans.**Teoria geral do direito e do estado**.. São Paulo: Martins Fontes*,* 2000, p. 51.
10 - ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira*,* 2009, *passim.*

no consenso e um pouco na violência (sempre há meliantes e recalcitrantes dispostos a desobedecer aos comandos), e não há violência sem nenhum poder, pois a autoridade precisa ser reconhecida por alguém, para ter seus comandos impostos a outrem.

O que o direito positivado prega como lícito ou ilícito, ou seja, o conteúdo das regras por ele impostas, é sempre variável no tempo e no espaço, a depender das particularidades humanas da cultura que produz seu ambiente jurídico. Tal variação é designada pelo conceito de *abismo axiológico*[11]. Ora, o direito positivo é um fenômeno global e não deve ser confundido com o direito dogmaticamente organizado, predominante nos Estados ocidentais contemporâneos. O primeiro (direito positivo) se fez presente na História desde as sociedades primitivas – a maior parte era, inclusive, ágrafa – e, justamente por fazer parte da essência humana, pode ser verificado nos mais diversos contextos sociopolíticos e em coexistência com outra pluralidade de subsistemas normativos, tais como as religiões e a moral. Já o segundo (direito dogmaticamente organizado), embora também seja influenciado por outras ordens normativas, é restrito a sociedades de estrutura complexa. Na verdade, o direito dogmaticamente organizado é apenas uma das múltiplas formas de expressão do direito positivo.

O direito dogmaticamente organizado não necessariamente surge em determinada sociedade e são necessários, basicamente, dois requisitos para sua consecução. O primeiro é a inegabilidade dos pontos de partida, que representa a necessidade de se argumentar por meio de normas, quando a discussão é jurídica. Assim, uma norma só pode ser elidida por outra norma, e assim por diante. O segundo requisito é a proibição de *non liquet*, isto é, a necessidade de decisão por parte do Estado, que monopoliza a produção do direito, bem como sua proclamação. Em outras palavras, o juiz, ao se defrontar com a lide, não pode escusar-se de apresentar uma decisão[12].

De qualquer maneira, o fenômeno jurídico é sempre relativo à capacidade ou poder de fazer valer determinada decisão sobre outra, diante de diferentes possibilidades de condutas mutuamente excludentes [13]. Ou seja, o elemento teleológico (finalístico) intrínseco ao direito é a resolução de interesses antagônicos, manifestados concretamente na forma de condutas conflituosas. A prevalência de uma convicção cognitiva ocorre sempre acompanhada de um argumento de legitimidade, o qual, no final das contas, sempre se fundamenta em sua possibilidade de coação.

Bom que se diga que, na atualidade, falar em padrão jurídico é sempre delicado, haja vista a pluralidade de sistemas jurídicos, cada qual inserido

11 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 293-294.
12 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215-217.
13 - ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

em um contexto sociológico, axiológico, político e histórico singular e único e, por isso mesmo, com suas especificidades próprias. Uma Ciência Jurídica de normatividade pura constitui apenas uma representação cognitiva empiricamente inexistente ou inverificável na realidade concreta. Do ponto de vista filosófico, entretanto, a formação do saber da Ciência Jurídica parte sempre de um processo histórico-social vigente, cuja abrangência e amplitude fazem com que o sistema jurídico agregue para si elementos empíricos diversos da vida humana e, assim, se manifeste na infinidade de condutas humanas potencialmente realizáveis. O direito, portanto, influi sobre a realidade e, ao mesmo tempo, é determinado por ela.

3. ESCOLA DA EXEGESE X ESCOLA JURISPRUDENCIAL: O CARÁTER CRIATIVO E PRODUTIVO DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO. A JURISPRUDÊNCIA COMO EXTERIORIZAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE DECIDIR NO ESTADO DOGMATICAMENTE ORGANIZADO.

No mundo ocidental, duas concepções ideológicas ganham destaque: o idealismo-espiritualista de teor jusnaturalista e o formalismo burguês normativista. No âmbito jurídico, tais concepções referem-se ao modo como o direito é construído ou - de modo mais direto -, como as normas são produzidas e passam a integrar efetivamente à estrutura do ordenamento. É um tema, portanto, das fontes do direito. Dentre as fontes formais estatais, a lei e a jurisprudência podem ser melhor entendidas quando vistas sob a perspectiva de duas tendências doutrinárias.

A primeira delas é representada pela Escola Clássica ou da Exegese, a qual, no fundo, é reflexo do racionalismo antropocentrista e iluminista, cujos adeptos acreditavam na atomização do indivíduo, na infalibilidade da razão e na univocidade linguística (*in claris non fit interpretatio*). Segundo Sérgio Nojiri[14], o surgimento dessa escola teve início com a reunião de juristas belgas e franceses voltados ao estudo e ensino do Código Civil Napoleônico. Mesmo após o aparecimento de outras escolas de mesma tendência doutrinária, a Escola Clássica continuava a ser a melhor representação da corrente Legalista, já que concebia o juiz como simples ator declaratório, responsável, apenas, por tornar explícito o significado da norma positivada. Para a Escola da Exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita, desse modo, nesse momento, a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se, com rigor cabal, ao texto legal e revelar seu sentido; portanto, o estudo do direito deveria reduzir-se à mera

14 - NOJIRI, Sergio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

exegese dos códigos.[15]

Ademais, para esta escola, a lei identifica-se com a norma jurídica e deve ser interpretada literalmente. Assim, o processo de aplicação era um mero silogismo apodítico, no qual as premissas constrangem a razão à conclusão[16], e o intérprete autêntico, o juiz, deve descobrir dedutivamente a única resposta correta ao caso. É importante ressalvar que, assim, o juiz seria sempre incapaz de produzir norma jurídica e todas as respostas já estariam na legislação, sendo o operador do direito mero autômato.

Outra tendência, intrinsecamente ligada ao 'Common Law', é a da Escola Jurisprudencial e se faz presente, principalmente, nos países de cultura anglo-americana. O próprio nome induz, corretamente, à perspectiva de um direito, cuja construção mais se deve à atividade jurisdicional, baseada em precedentes, e ao costume, e menos aos atos legislativos por meio dos quais normas genéricas e abstratas são emanadas[17]. Segundo tal corrente, o juiz produz o direito para o caso concreto por meio da análise dos precedentes judiciais, dos costumes, dos juízos de equidade, dentre outros meios, dos quais as leis não estão excluídas. O intérprete autêntico, portanto, diante do caso concreto, possui sempre uma função criativa e não apenas declaratória. Neste diapasão, a Jurisprudência dos Interesses, desenvolvida na Alemanha por Philipp Heck, Max Rumelin, Paul Oertmann, dentre outros,

> não confina o juiz a mera função cognoscitiva, permite que ele construa novas normas para as situações não previstas, mediante o emprego de analogia, que todavia não se apoia sobre a literatura de um texto, mas na valoração de interesses que inspirou aquele dispositivo, e que corrija as normas deficientes. O juiz é, portanto, um eficaz auxiliar do legislador. (...) Os conceitos jurídicos são instrumentos do jurista, são conceitos classificatórios, utilizados para sistematizar as normas jurídicas. (...) Logo, a Jurisprudência tem a dupla função de elaborar normas e organizá-las ou ordená-las[18].

Na atualidade, a capacidade de criar Direito, reconhecida por muitos ao juiz, é vista como uma forma de acompanhar a crescente complexidade presente nas sociedades e, dessa forma, manter o direito como um instrumento efetivo para dirimir conflitos. Nesse ponto, é importante lembrar que, pelo fato de o direito dogmático moderno ter como uma de suas características fundamentais a obrigatoriedade de decidir – também conhecida como a proibição do *non liquet* [19] –, comprovou-se que até mesmo sistemas jurídicos

15 - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.
16 - MACHADO NETO, A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 87-97.
17 - REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.
18 - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.
19 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

excessivamente codificados são incapazes de dar conta da infinidade de casos concretos, únicos, singulares e irrepetíveis em sua totalidade de elementos fáticos, sendo inegável o caráter criativo e produtivo da interpretação e aplicação do direito.

4. A JURISPRUDÊNCIA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL PARA COMPREENSÃO DA SUA RELEVÂNCIA. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE AS FAMÍLIAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*.

O termo jurídico "jurisprudência", de origem latina (*iurisprudentia*), tem basicamente dois significados, podendo referir-se tanto à ciência do direito (e neste caso o vernáculo deve ser grafado com letra maiúscula), como à prática do direito, entendida como conjunto de decisões uniformes dos tribunais. Ao longo da história, se discutiu se a jurisprudência é uma entidade dotada de poder suficiente para emanar normas válidas, ou seja, se ela constitui uma fonte do direito.

Na Roma Antiga, Ulpiano já concebia a Jurisprudência como a Ciência do Direito, ou seja, a ciência que tem o fenômeno jurídico por objeto de conhecimento. Por outro lado, para Calístrato, a jurisprudência significava uma autoridade normativa de formação espontânea, a partir da formulação de sentenças e que incidia sobre a própria construção de novas sentenças. A noção conceitual de Calístrato foi de maior influencia nos Estados de tradição romanística (*Civil Law*), que tinham a maior parte de seus sistemas jurídicos escritos.

Já o conceito de Ulpiano foi incorporado pelos países de tradição anglo-saxônica (*Common Law*). É preciso ressalvar, todavia, que, neste último caso, o entendimento sobre a Ciência do Direito recebe sentido restrito, diferente daquele modernamente atribuído à ciência dogmática do direito que tem, dentre outras tarefas, a função de sistematizar e regular a estrutura organizacional normativa[20].

Ainda na atualidade, apesar da permanência dos múltiplos significados, a jurisprudência, em síntese talvez apertada demais, é definida majoritariamente como o conjunto de decisões individuais definitivas (transitadas em julgado) e concordantes. Para Miguel M. de Serpa Lopes, o caráter científico processual do direito pode ser visto sob três pontos de vista: o da jurisprudência teórica (análise dos argumentos justificadores das interpretações); os pareceres dos jurisconsultos (a própria doutrina, ou seja, opiniões de autoridades cujo

20 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

acatamento não se faz obrigatório[21]); e a jurisprudência, em si mesma, nada mais é do que uma espécie de direito objetivo, cuja formação se dá com a formulação de sentenças de conteúdo semelhante.

Há várias concepções conotativas em relação ao termo jurisprudência. São elas: a totalidade das resoluções judiciais; o precedente judicial que se invoca na forma de um princípio para fundamentar argumento jurídico; a sentença de tribunais superiores; os acordos plenários das Câmaras de Apelação; e, por fim, o que dispõem certas leis sobre a jurisprudência obrigatória, tais como súmulas vinculantes.

A verificação empírica, por parte dos juristas e da sociedade leiga, de uma crescente homogeneidade e constância de conteúdos em decisões jurídicas possui implicações práticas benéficas ao direito. Exemplo destas é aumento da previsibilidade, inserida no conceito de segurança jurídica, já que casos concretos semelhantes passam a ser decididos de forma semelhante, de modo a intensificar o processo de redução de expectativas[22].

Na atualidade, por sinal, é evidente o fenômeno de influências recíprocas entre os sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*. A ordem jurídica norte-americana, por exemplo, torna-se cada vez mais codificada, ao passo que, em ordens jurídicas de origem romanística tais como a brasileira, crescente é a importância dos precedentes judiciais. Estes, quando na forma de acórdãos, já se fazem, em alguns sistemas *Civil Law*, obrigatórios como justificação interpretativa.

5. O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO. A JURISPRUDÊNCIA COMO ATIVIDADE CRIATIVA E COMO FONTE DO DIREITO. SEU PAPEL DENTRO DAS CONCEPÇÕES LEGALISTAS, NORMATIVISTAS E REALISTAS.

Na contemporaneidade, tanto nos sistemas jurídicos *Common Law* quanto nos *Civil Law,* predomina a concepção teórica segundo a qual o ato de vontade, pelo qual sentenças são produzidas, é a fonte autêntica do direto objetivado. O argumento principal deste pensamento pode ser resumido na ideia de que o direito se presta, enquanto jurisdição, justamente para a resolução dos casos particulares.

A jurisprudência é a fonte natural do direito, pois, sem ela, normas individuais não existiriam e, assim, o próprio direito inexoravelmente tornar-se-ia obsoleto. Ainda segundo tal pensador, a teoria clássica da Separação de

21 - FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito***:* Técnica, Decisão, Dominação**.** São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 247.
22 - STAMFORD, Artur. **A Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Editora Juruá, 2000, p. 101.

Poderes, hoje já incorporada ao constitucionalismo e à noção de democracia, tende a minimizar a importância da atividade do juiz. Para melhor compreender a origem de tais ressalvas feita também por Belaid[23], é válido lembrar a conceituação da Separação de Poderes como um sistema de "freios e contrapesos", segundo a qual os atos do Estado podem apenas ser efetivados pelos Poder Legislativo (atos gerais) e Poder Executivo (atos especiais); ao Poder Judiciário cabe, apenas, a ação fiscalizadora em casos de exorbitância[24].

É também importante lembrar que a consolidação da Separação de Poderes – que pode ser claramente percebida, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – coincidiu com o surgimento do Legalismo clássico, cujos adeptos defendiam a atribuição de poderes políticos apenas a órgãos legislativos e executivos. Neste sentido, é interessante notar que John Locke, em sua teoria da Separação de Poderes, só concebia o poder legislativo, executivo e federativo (espécie de prerrogativa do executivo, concernente às relações internacionais – declarar guerra e celebrar a paz –, por exemplo)[25]. A falta de poder político ao Poder Judiciário fazia com que sua função meramente processual se tornasse sujeita a interferências dos outros poderes, tornando-o uma espécie de máquina jurídica passiva, desprovida, na prática, de qualquer forma de autonomia.

O monopólio legiferante por parte do legislativo é tido, atualmente, como um mito. Rui Barbosa já asseverava:

> Ninguém ignora, hoje em dia, que a jurisprudência modifica incessantemente as leis do direito privado. Toda codificação, apenas decreta, entra sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos judiciais[26].

Predomina hoje, no panorama da teoria do direito e da filosofia do direito, a ideia de que o juiz produz, por meio de múltiplos métodos dinâmicos, normas jurídicas individuais, a saber, as decisões judiciais. A tendência juspositivista responsável pela consolidação dessa nova concepção foi o Normativismo, sucessor do Legalismo. O auge teórico desse pensamento foi atingido pelo seu principal representante, Hans Kelsen, para quem o processo de construção de normas individuais sempre apresenta certo grau de indeterminação, entre a limitação abstrata imposta pela norma geral (moldura) e as possíveis escolhas de soluções corretas percebidas somente diante do caso

23 - BELAID, Sadok, Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge. Paris: L.G. D.J., 1974, p. 5 e 295.
24 - DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.
25 - LOCKE, John. **Dois tratados sobre**.São Paulo: 2005. *Passim.*
26 - SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no direito brasileiro**. Revista dos tribunais, 1968, v. 2, p. 50-55.

concreto. O preenchimento desta "moldura" deve ser efetivado por meio de um ato de vontade, responsável pela escolha de uma dessas decisões e pela concretização/aplicação do direito[27].

Mais recentemente, outra tendência juspositivista veio a corroborar a função criativa do juiz: o Realismo. De modo geral, o Realismo tenta esvaziar o conceito de legitimidade de qualquer conteúdo, defendendo que, nas decisões jurídicas, o caráter indutivo é sempre predominante e que, por conseguinte, qualquer decisão é possível[28]. Dessa forma, em sua tarefa criativa, o juiz age como um soberano, sujeito apenas às leis vinculativas, as quais, na prática, dependem do reconhecimento de submissão por parte do próprio juiz para possuírem efetividade e, consequentemente, impedem somente de tomar decisões absurdas.

Assim, para tal concepção, grosso modo, o juiz, diante da querela, toma a decisão indutivamente e *a priori*, buscando apenas, na legislação – *a posteriori* –, "pinçar" justificativas plausíveis e pretensamente racionais para legitimar e racionalizar legalmente sua sentença, ou seja, o juiz decide de acordo com sua vontade. A legislação só serve para "maquiar" os interesses ocultos dos magistrados, sendo pós-moldada com fim de dar legitimidade à decisão.

Para Amílcar de Castro[29], o Poder Legislativo é incapaz, inclusive, de criar o direito propriamente dito, pois este só se faz como tal quando compatível com as particularidades fáticas dos conflitos; o que não acontece com as leis, pois são essencialmente abstratas e genéricas. Em concordância com esse pensamento, Belaid[30] afirma que as leis são incapazes de garantir estabilidade e existência ao fenômeno jurídico, sendo as decisões os únicos meios capazes de dar concreção a princípios fundamentais de qualquer ordem jurídica. Na contemporaneidade, a lei é vista como um instrumento para o exercício do poder; ou ainda, como uma força político-ideológica que possibilita a produção de efeitos desejáveis sobre indivíduos ou grupos humanos[31].

Segundo João Maurício Adeodato, a dogmática jurídica, em si mesma, tem como pressuposto teleológico a difusão de ideologias de grupos dominantes, aqueles que detêm o poder efetivamente coercitivo[32]. Portanto, na modernidade ocidental, a materialização das ideologias dominantes, que constituem o *relato vencedor* – para usar a terminologia tão cara à Filosofia

27 - KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388.
28 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.
29 - CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.40, 42 e 43.
30 - BELAID, Sadok. **Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge.** Paris: L.G. D.J., 1974, p. 306, 307 e 332.
31 - ARANHA, Lúcia; MARTINS, Helena**. Filosofando**. 3ª Edição; Editora Moderna, 2004, p. 214.
32 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

Retórica – na forma de leis é desempenhada pelo Estado por meio do próprio direito, o qual é uma, e não a única, técnica social voltada para o *controle público da linguagem* e que contribui enormemente para a "vitória" de um *relato*. Assim, este se faz *existencial* e passa constituir o que se chama "realidade", a qual nada mais é do que um consenso linguístico momentâneo, instável e mutável, posto que a realidade seja linguística[33].

Nesse contexto, é interessante notar que o juiz – e somente ele – é capaz de decidir em benefício de setores sociais menos favorecidos, mesmo nos casos em que as peculiaridades mostram-se favoráveis à parte dominante. Esta prática foi pregada, inclusive, pelo movimento do "Uso Alternativo do Direito", que surgiu na transição da década de 60 para 70 e, a princípio, adotava preocupações sociais de caráter socialista[34]. É interessante notar que esta corrente dizia que o normativismo kelseniano seria incentivador de uma preocupação excessiva lógico-formal por parte dos operadores do direito, esquecendo-se do lado social e humano. Os juízes simpatizantes de tal movimento passaram a utilizar as lacunas e a abstração das normas gerais, a fim de aplicar o direito de forma alternativa e mais humana e, assim, decidir em favor, por exemplo, dos empregados que sofriam com a precariedade da legislação trabalhista.

Os intérpretes são, portanto, capazes de observar e incidir sobre processos sociais – dos quais, inclusive, o fenômeno jurídico faz parte. Porém, observe-se que a mesma "brecha" poderia ser usada por juízes corruptos para satisfazerem os interesses das grandes empresas e validar juridicamente um regime desumano de trabalho dos empregados. Novamente, o problema do abismo gnosiológico, pois os significantes não estão engessados a um único significado, nem estes dois a um só fato.

Dessa forma, é evidente que o processo cognitivo de formulação de normas individuais não está condicionado à vontade do legislador, já que o próprio juiz pode atuar como agente de uma expressão social não prevista normativamente por meio da exploração das contradições da ordem jurídica. É interessante entender que a subjetividade processual, ou seja, a individualidade no processo de decisão não implica, necessariamente e por si só, maior parcialidade.

Por outro lado, a autonomia judicial permite ao magistrado adaptar a norma legal aos novos contextos sociológicos para, assim, atuar de forma mais

33 - ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 18-20.
34 - OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência O Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004, p. 96.

adequada, equânime e justa. A interpretação, desenvolvida pelo magistrado, não apenas incide sobre a norma legal oficialmente codificada, mas também recai sobre os mais diversos fenômenos extrajurídicos. Embora faça parte de um órgão que representa simbolicamente a estrutura do podeWWr dominante – o tribunal –, o juiz pode transgredi-lo, levando em consideração agentes sociais emergentes. Para José Castán Tobeñas[35], a sentença judicial é a fonte última do direito material do Estado, sendo sua construção o momento no qual o direito é operacionalizado, aplicado e, enfim, concretizado.

Nesse contexto, surge a problemática da limitação da liberdade judicial. É, de fato, a autonomia dos magistrados benéfica à sociedade? Para Benjamin Cardozo[36], as diferentes convicções ideológicas dos juízes se anulam. Em outras palavras, quando observadas do ponto de vista da totalidade operacional do direito, as diferenças de conteúdo na resolução dos casos concretos se compensam mutuamente. Entretanto, é importante notar que isso não impede a ocorrência de "falhas" no âmbito de um caso concreto isoladamente analisado, tais como uma decisão excessivamente reacionária. Neste sentido, dispositivos limitadores da liberdade do juiz foram criados, dentre eles, pode ser mencionada a própria codificação jurídica, que se presta como elemento vinculativo do juiz à lei.

Faz-se necessária, enfim, a conscientização de que, em termos teleológicos do fenômeno jurídico, ao operador do direito não cabe a tarefa de aplicar a lei ou de dar concretude ao direito de qualquer forma, mas que sua função é, antes de tudo, concretizar a justiça humana no caso concreto, o que lhe traz grande responsabilidade social.

6. ASPECTOS IDEOLÓGICOS DA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO

As concepções teóricas de cunho fortemente legalista não só desfavorecem, em termos de poder conferido, o Poder Judiciário, como tornam sua função essencialmente procedimental e simbólica. Tal simbolismo seria decorrente do fato de suas atividades serem meras deduções mediatas e formais, por meio das quais seria possível se chegar, silogisticamente, do geral ao particular[37]. Esse pensamento, todavia, mostrou-se insuficiente para explicar de modo plausível a complexidade intrínseca ao ato jurídico da decisão e suas implicações práticas que acabam por influir no fenômeno

35 -TOBEÑAS, José Castán. **La Formulación Judicial del Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 25.
36 - CARDOZO, Benjamin. **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, p. 9, 128, 134, 135, 157.
37 - REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1º Volume, 1975, p. 132.

jurídico como um todo.

Hodiernamente, até mesmo nos sistemas *Civil Law*, o alcance do direito jurisprudencial é reconhecido – mesmo que de forma minimizada. Nesses casos, de maneira geral as regras jurídicas de origem jurisprudencial assumem importância secundária em relação àquelas promulgadas pelo legislador, porquanto são tidas como as mais suscetíveis a serem rejeitadas ou sofrerem modificações[38]. É relevante notar que, até mesmo nesses sistemas, a jurisprudência passou a ser tida como capaz de produzir normas válidas, ou seja, passou a ser reconhecida como fonte do direito.

O ordenamento jurídico, dessa forma, é composto não só por normas abstratas e genéricas, promulgadas por atos legislativos, mas é também formado por normas individuais, construídas por atos judiciais. Para Alberto G. Spota[39], a jurisprudência pode ser tida como a fonte verdadeira do direito, na medida em que ela própria serve de instrumento para a atualização dos tipos legais e, assim, evitar que parte da normatividade jurídica perca sua eficácia e torne-se obsoleta.

Em concordância com esse pensamento, Dualde[40] destaca algumas das peculiaridades da jurisprudência em comparação com outras fontes do direito, tais como: a produção consciente e processual de normas (o que falta ao costume) e a observância analítica do relato dos fatos do caso concreto para a construção dessas mesmas normas (o que falta à lei). A flexibilidade da dinâmica judicial faz da jurisprudência, dentre todas as outras fontes jurídicas – tais como a doutrina, o costume e os princípios gerais do direito –, a fonte normativa hegemônica, capaz de melhor satisfazer exigências sociopolíticas.

A ascensão da importância da jurisprudência traz consigo duas questões de grande relevância ao debate acadêmico acerca do fenômeno jurídico. Uma delas é a historicamente recente concepção – claramente em contraposição ao pensamento legalista –, segundo a qual a lei não é necessariamente direito, podendo ser entendida, muitas vezes, como um instrumento de conteúdo genérico e abstrato utilizado, apenas, para dar significação jurídica a atos juridicamente relevantes. Neste caso, o direito não poderia estar na lei em si mesma, impessoal e de conteúdo expressamente político, mas somente na norma individual, que surge em compatibilidade com a singularidade de fatos concretos.

38 - DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 150.
39 - SPOTA, Alberto G. **El Juez, el Abogado y la Formación del Derecho através de la Jurisprudencia**. Buenos Ayres: Depalma, 1976, p. 37-8.
40 - TOBEÑAS, José Castán. **La Formulación Judicial del Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 145.

Para José Puig Brutau[41], a necessidade de uma jurisprudência dotada de "poder legiferante" surge da prerrogativa exclusiva do Estado de criar e qualificar regras jurídicas, o que, em outras palavras, significa negar o entendimento do sistema jurídico como resultado de uma confluência de outras ordens normativas e contextos históricos e sociais. A Teoria da Separação de Poderes, cuja efetivação tende a consolidar a distinção entre um órgão essencialmente legiferante e outro meramente aplicador e regulamentador, mostra-se em dissonância com a atual complexidade sociológica crescente.

A outra questão, vinda do debate sobre a jurisprudência, é o caráter ideológico inerente à decisão judicial, uma vez que, no fundo, não apenas as leis são desenvolvidas de acordo com as convicções ideológicas do grupo dominante. Segundo Belaid[42], concatenado com uma ontologia marxista da realidade, o direito é composto, assim como a sociedade, por uma infraestrutura e uma superestrutura: a primeira corresponde ao conjunto das relações de produção e das forças produtivas (base material), ao passo que a segunda traduz-se pela totalidade de instituições jurídicas, que incorpora princípios valorativos de outras ordens normativas, mas acaba por expressar, quase que exclusivamente, aqueles do interesse do grupo que detém o poder coercitivo.

Ora, assim como o legislador, o juiz é incapaz de livrar-se de seu arcabouço pré-compreeensivo - o qual foi construído ao longo da vida -, na hora em que vai compreender um texto normativo. Assim, o pensamento gadameriano conceitua o termo "horizonte de compreensão" como um representante do conjunto de conceitos e crenças que o ser humano tem ou que são erigidos por ele em seu relacionamento e entendimento do mundo: não há como ele se despojar de suas vivências, de seus preconceitos e pré-compreensões, sendo este horizonte de compreensão crucial à existência humana e a interpretação e compreensão do objeto.[43]

A aplicação do direito – por não constituir uma ciência, mas, sim, uma prudência, como queriam os romanos (*prudentia*) –, necessita de saberes práticos e do manejo de noções para resolver conflitos, sempre de uma forma aceitável, ponderável, razoável, proporcional, plausível, justificável[44]. Esta abertura para a escolha de uma dentre as múltiplas resoluções possíveis possibilita a inserção de valores e concepções de mundo ao conteúdo normativo da sentença, o que, seja conscientemente ou não, sempre ocorre.

41 - TOBEÑAS, José Castán. **La Formulación Judicial del Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 4-6.
42 - BELAID, Sadok. **Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge**. Paris: L.G. D.J., 1974, p. 91.
43 - GADAMER, H.-G. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 327.
44 - GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 39.

Tais convicções valorativas são, quase sempre, aquelas predominantes na classe social de origem do magistrado, as quais, geralmente, são dotadas de forte caráter elitista e reacionário.

Nesse contexto, alguns teóricos, influenciados pelo racionalismo do século XVIII e pelo pensamento positivista do século XIX, tentaram desenvolver métodos rígidos para a formulação de sentenças neutras, o que, no início, correspondeu a uma tentativa de elaboração objetiva de uma Ciência Jurídica[45]. Todos os esforços, entretanto, mostraram-se obviamente incapazes de auferir a finalidade à qual se prestavam, devido principalmente à cristalização prévia de ideologias, por parte dos juízes. Logo, os valores são imanentes à legislação, quer as pessoas queiram ou não, nunca o operador do direito (legislador, intérprete e juiz) conseguirá se furtar de imprimir sua carga valorativa subjetiva ao objeto que manejam.

Para Ralph Miliband[46], quase a totalidade dos operadores jurídicos é formada por homens dotados de mentalidade essencialmente reacionária, sendo os de pensamento progressista minoria absoluta. A origem da formação de uma estrutura burocrática de cargos assumidos por pessoas predominantemente conservadoras encontra-se no próprio processo seletivo dessas pessoas. Ainda segundo o autor, o desenvolvimento de metodologias rígidas, tais como interpretações lógicas e literais da lei, é insuficiente para classificar o exercício judicial como atividade neutra.

Na verdade, esses instrumentos procedimentais conferem somente uma legitimidade aparente, a qual, no fundo, esconde elementos ideológicos. Desta forma, o Poder Judiciário torna-se incapaz de abordar os conflitos de forma externa, já que os próprios juízes fazem parte deles – sejam eles reais ou abstratos –, pela predominância de interesses ético-ideológicos de cada um. Partindo-se da verificação empírica de que a maior parte dos magistrados tem origem elitista, os tribunais acabam por decidir, geralmente, em favor da propriedade e do capital, segundo a óptica marxista. Esta problemática não é restrita ao Judiciário; é inerente à estrutura jurídica como um todo. O ordenamento jurídico incide sobre a realidade e, ao mesmo tempo, dela sofre interferências; há, portanto, uma reciprocidade de influências.

A dogmática jurídica tenta ao máximo esvaziar o conteúdo ético do direito, e consegue, pelo menos a maior parte dele, por meio do que João Maurício Adeodato chama de cinco pressupostos à organização dogmática de um direito moderno estatal: estabelecimento obrigatório de textos normativos

45 - SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.
46 - MILIBAND, Ralph. **O Estado na Sociedade Capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972, p. 169-178.

("pontos de partida"), obrigatoriedade de interpretá-los, obrigatoriedade de alegar expressamente esta interpretação, obrigação de decisão do conflito (proibição do *non liquet*) e necessidade de fundamentação de decisões em normas superiores[47].

A Teoria da Separação de Poderes mostra-se, então, como uma forma organizacional e sistemática para melhor efetivar os interesses daqueles que detêm o poder coercitivo, de modo que a sua função de evitar os usos abusivos de poder evidencia-se como um simples argumento retórico para conferir legitimidade ao sistema. Sobre isso, conclui-se que:

> mesmo no contexto secular dos privilégios de funcionários públicos no Brasil, a sociedade civil merece certamente um controle muito mais rígido dos magistrados e tribunais, assim como do executivo e do legislativo, tentando manter pelo menos a força retórica da separação de poderes[48].

Sobre esse ponto é importante lembrar que o poder originário - tido como o conjunto de forças políticas, que acabam por fazer nascer um novo ordenamento jurídico -, não faz de sua força seu fundamento de legitimidade[49]. Reduzir a legitimidade à força faz com que todas as entidades jurídicas percam seu caráter de juridicidade, entendido, aqui, em seu sentido amplo, relativo à concretização da justiça. Faz-se necessário, enfim, o reconhecimento, por parte dos operadores do direito, de sua função crítico-apreciativa das forças sociais antagônicas que, aos poucos, constroem a sociedade de classes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. A NORMA JURÍDICA COMO CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA A PARTIR DE TEXTOS LEGAIS OS QUAIS SÃO DADOS DE ENTRADA. A COMPREENSÃO AQUI DEFENDIDA DA SITUAÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO ATIVIDADE, BEM COMO FONTE DO DIREITO.

Não se pode olvidar o caráter construtivo da jurisprudência. Longe de juízos de valor, em constatação, a atividade jurisprudencial, tomada como conjunto reiterado de decisões, é hoje uma mostra de como são estruturadas as construções normativas de dentro do Poder Judiciário, aliás, do Poder como um todo, já que, por exemplo, os Tribunais de Contas não escapam a tal

47 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309-313.
48 - ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.
49 - BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2010, p. 227.

entendimento.

Em um panorama atual, no qual o Legislativo perde espaço para o Judiciário, atestar o caráter elucidativo – para não dizer vinculante – da jurisprudência seria um erro. Para o bem e para o mal, defendido por uns e atacado por outros, o processo integrativo da linguagem jurídica passa, necessariamente, por aquilo que é reiteradamente "dito" pelos operadores do direito, para assim construir seu significado.

Ora, se o texto no qual se tenta expressar a norma jurídica é apenas um dado de entrada à interpretação, ainda não dotado de qualquer significado relevante voltado à *práxis* da decisão, é inegável a importância do operador, mormente daquele cuja responsabilidade é dar fim a um conflito de interesses dentro de um caso concreto.

Quando há convergência, no espaço e no tempo, de número significativo de processos interpretativos, os quais são vistos como decisões – não somente a sentença oriunda do magistrado, mas em caráter geral, como, por exemplo, um parecer de um membro da Advocacia Geral da União –, existe um "constrangimento" na direção de tal interpretação, de maneira que esta se torna uma direção operacional a ser seguida. Tal impressão se justifica pelos mais variados motivos, como se viu alhures. A interpretação e o estudo acerca desses motivos levam à doutrina, por vezes, a prescrever a necessidade de admissão do caráter legislativo da jurisprudência; mas há quem rechaça tal possibilidade. Tal variação está intimamente ligada ao grau de relação entre vinculação e discricionariedade, por parte da jurisprudência.

Mais importante que advogar a favor ou contra tal causa é reconhecer os dois tipos ideais (jurisprudência "forte" *versus* jurisprudência "fraca") e os fatores que determinam a proximidade de cada situação jurídica a um desses polos. Isso perfaz um instrumento imprescindível ao advogado, o qual almeja êxito no seu recurso, por exemplo, ou ao juiz que deseja que sua sentença não seja reformada pelo tribunal; enfim, ao operador que almeja ao sucesso argumentativo dentro de sua função.

Por fim, tem que se ter em mente que o texto legislativo é apenas uma senda larga a ser seguida, um dado de entrada à intepretação. Tal "percurso" não tem estrutura rígida e pronta, sendo modelado por fatores inúmeros, como visto no trabalho, os quais não podem simplesmente ser dominados em sua totalidade, ante a infinita contingência e complexidade da realidade. A tarefa do bom operador consiste, então, em atestar importância devida a cada um dos fatores dentro do processo de construção da norma jurídica e utilizar os pontos, dentro do sistema jurídico, que mais proclamam uma diversidade de significados aos significantes dos textos legais, a fim de obter sucesso em sua trajetória persuasiva, não importa se defendendo, acusando ou julgando. A

jurisprudência é um de tais fatores.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. Ética e Retórica**.** São Paulo: Saraiva, 2002;

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____.**A Retórica Constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____.**Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011;

AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. **Introduccion al derecho**: conocimiento y conocimiento cientifico, historia de las ideias juridicas, teoria general del derecho, teoria general aplicada.Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988;

ARANHA, Lúcia. MARTINS, Helena; **Filosofando**. São Paulo: Editora Moderna, 2004;

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: *Civilização Brasileira,* 2009*;*

BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2010;

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheioros, 2010;

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011;

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012;

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977;

_____. **Introdução ao Estudo do Direito***:* Técnica, Decisão, Dominação**.** São Paulo: Editora Atlas, 2008;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006;

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes*,* 2000;

_____. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009;

MACHADO NETO, A. L.**Teoria da ciência jurídica**.São Paulo: Saraiva, 1975;

NEVES, Marcelo. **Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social***:* O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina**.** Trabalho apresentado ao II Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis, 1993;

NOJIRI, Sergio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência O Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004;

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1º Volume, 1975;

_____. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002;

SILVEIRA, Alípio**.** ***Hermenêutica no direito brasileiro***. Revista dos Tribunais, 1968, v. 2;

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

STAMFORD, Artur. **A Decisão Judicial***:* dogmatismo e empirismo. Curitiba: Editora Juruá, 2000;

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1995.

APLICABILIDADE DO NOVO CPC: NECESSÁRIA CRIAÇÃO DE UMA BASE NACIONAL DE DADOS PARA FINS DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO

Applicability of new code of civil procedure: necessary creation of a national database for purposes quotes and intimations

Hanna Larissa Lima Bonfim
Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahias (DTCS-III, Juazeiro/BA).

Paulo de Tarso Duarte Menezes
Especialista em Processo Civil pela Faculdade Leão Sampaio em Juazeiro do Norte/CE. Professor de Direito Processual Civil na Universidade do Estado da Bahia (DTCS-III, Juazeiro/BA). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Fábio Gabriel Breitenbach
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Direito Processual Civil na Universidade do Estado da Bahia (DTCS-III, Juazeiro/BA). Assessor de Magistrado do TJPE.

RESUMO: O estudo defende a necessidade de criação, para utilização pelo Poder Judiciário, de um banco de dados informatizado, administrado pelo Estado, contendo informações que viabilizem citações e intimações dos sujeitos processuais por meio eletrônico ou real, a fim de garantir agilidade ao trâmite processual. Na atual era digital, a instituição da ferramenta garantiria soluções mais rápidas e eficientes para o grande número de processos que ocupam as prateleiras das varas e dos tribunais de todo o país, consolidando, portanto, a garantia constitucional da razoável duração do processo. O uso e armazenamento de dados pessoais de consumidores é prática legal e reiteradamente utilizada pelas empresas privadas, podendo, pois, também ser utilizada pelo Poder Judiciário. Será demonstrada, ainda, a possibilidade de redução de custos com o emprego da informática para abreviar a contenda judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Banco de dados; identidade virtual; processo eletrônico; razoável duração do processo

ABSTRACT: The study supports the need to create for use by the judiciary a computerized database, administered by the State, containing information that enable quotes and intimations of procedural subjects by electronic or real means, to ensure agility to procedural action. In the current digital era, the tool of the institution would ensure faster and more efficient solutions to the large number of cases that occupy the shelves of the courts and tribunals throughout the country, consolidating therefore the constitutional guarantee of reasonable duration of the process. The use and personal consumer data storage is legal practice and repeatedly used by private companies and can therefore also be used by the judiciary. Will be demonstrated also the possibility of cost reduction with the data processing to abbreviate judicial dispute.

KEYWORDS: Database; virtual identity; electronic process; reasonable length of proceedings

INTRODUÇÃO

O estudo tem por objeto geral analisar os avanços e vantagens que um banco de dados virtual, administrado pelo Estado, que abarcasse as informações pessoais dos cidadãos, determinarão para a concretização do binômio celeridade-efetividade no provimento jurisdicional, gerando justiça em tempo hábil.

Serão analisadas, inicialmente, importantes garantias asseguradas às partes no processo contemporâneo, destacando-se o princípio constitucional da duração razoável do processo, tido como corolário do acesso à justiça. Paralelamente, aborda-se-á o uso das tecnologias como um catalisador do processo judicial.

No segundo item, será abordado o processo judicial eletrônico como inovação necessária, trazida pela invasão da cultura digital e que teve a boa intenção de buscar a efetivação do processo. Contudo, a problematização virá à medida em que forem tratados alguns aspectos relevantes trazidos com a Lei nº 11.419/06, especialmente as incoerências legislativas na redação dos artigos 5º e 6º da referida lei. No tópico, será analisada, também, a regulamentação da matéria específica pelo novo Código de Processo Civil.

Na sequência, será abordada a polêmica que se instaura acerca da publicização dos atos processuais em contrapartida ao direito constitucional à intimidade. Haverá, também, problematização no intuito de analisar a

proporção das benesses de um sistema como o proposto em detrimento da construção de um mecanismo de vigilância eletrônica em massa. A redução significativa de gastos públicos com diligências infrutíferas, e a ineficiência do sistema INFOSEG, se comparado ao sistema biométrico, serão alguns dos argumentos trazidos para demonstrar a importância de se criar um banco de dados gerenciado pelo Estado.

Pois bem. Pretendemos chamar a atenção da comunidade jurídica para uma sugestão de solução relativamente fácil, rápida e efetiva para combater a morosidade que insiste que figurar em quase todo processo brasileiro. Serão apresentadas, ainda, as diretrizes que definirão os limites de violação à intimidade, diante da existência de um banco de dados administrado pelo Estado, que, se concretizado em uma forma que priorize o interesse público, promoverá, diretamente, a melhora na prestação jurisdicional por parte do Judiciário brasileiro.

1. A RAZOÁVEL DURAÇÃO COMO UMA GARANTIA SUBSTANCIAL DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

É um paradoxo visualizar que, embora se viva na sociedade pós-moderna, atingida maciçamente pela cultura digital, o imperativo da troca inesgotável de informações velozmente processadas ainda não atingiu de forma almejada o Judiciário pátrio. Talvez, por isso, a garantia de processo justo, efetivo e em tempo razoável, ainda seja uma lenda ou uma promessa distante, que poucos acreditam, maculando com descrédito a imagem do Poder Judiciário perante o jurisdicionado.

Pois bem. A Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu o óbvio por meio da inclusão do inciso LXXVIII, no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988: todos têm assegurado o direito a um trâmite processual, seja ele judicial ou administrativo, em duração razoável, assim como os meios que garantam que essa tramitação seja célere. A razoável duração do processo se torna um fundamento máximo competente a dar efetividade à pacificação social e simultaneamente atender à norma-princípio contida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário desde 1992.

Todavia, um estudo empírico certamente comprovaria que o problema da morosidade se protrai até hoje, 12 anos após a promulgação da norma antes mencionada. Não obstante isso, é oportuno destacar que o novo Código Processual Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), fez questão de reescrever o princípio da razoável duração do processo nos artigos 4º e 6º,

talvez com o intuito de que, a partir de agora, ele comece a ser devidamente cumprido.

Com efeito, nem sempre o que é justo obrigatoriamente é célere, ou vice-versa. Isso porque "o processo justo não é necessariamente o que é mais célere, mas sim aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo requerido e a segurança jurídica obtida"[1]. A brevidade processual não deve ser um fim em si mesma e nem pode ser instituída como pilar absoluto na busca pela justiça.

> De fato, embora se reconheça a importância da celeridade dos procedimentos judiciais, ela não poder ser considerada como um valor absoluto e incondicionado, não se podendo descurar da justeza das decisões e da boa administração da justiça. A rapidez da tramitação processual é apenas um dos elementos para a concretização de uma boa administração da justiça, não podendo ser valorado de forma isolada, sem que estejam presentes ao seu lado as demais garantias do processo[2].

Nessa óptica, a celeridade processual não pode ir de encontro à segurança jurídica, princípio emanado do devido processo legal e que é garantia ao jurisdicionado. Nesse contexto, "o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional"[3].

O que se visa combater é a excessiva demora, de forma a fazer perecer o direito. Isso porque, mediante o uso de mecanismos tecnológicos, poderá ser proporcionada maior agilidade no trâmite das demandas judiciais. Além de simples e barata, a informática é uma ferramenta largamente difundida e capaz de promover facilmente a desobstrução da pauta do Judiciário, especificamente a partir da criação de um banco de dados dos cidadãos.

Como é consabido, a citação e a intimação são os grandes problemas enfrentados para dar a impulsão necessária ao processo, a fim de que se atinja a efetiva tutela jurisdicional. Nesse contexto, a comunicação processual célere é um dos mecanismos mais úteis para garantir um processo em tempo razoável, pois a marcha processual só ganha ritmo na medida em que as partes sejam eficientemente cientificadas dos atos processuais passados e futuros.

O princípio da cooperação, positivado sobretudo nos artigos 5º e 6º do novo Código de Processo Civil, também pode ser invocado em defesa

1 - KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 33.
2 - KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 94.
3 - DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, 69.

do que é proposto neste estudo. Embora as partes não precisem se desgarrar dos seus objetivos privados, em face de estarem sujeitos à cooperação, seus comportamentos devem estar pautados nos padrões razoáveis de conduta, à luz da boa-fé e da probidade processual.

Não é por outro motivo que o atraso na prestação jurisdicional, decorrente, por exemplo, de sucessivas manobras para se esquivar em ser citado/intimado, são combatidas. As partes devem ter uma postura ética perante o processo, de forma a desobstruir tudo aquilo que impede que o provimento jurisdicional seja célere e eficaz.

Nesse cenário, a proposta que defendemos é a de que a instituição de um banco de dados trará praticidade na consumação do princípio da cooperação. Com a criação de um instrumento virtual e eficaz de identificação, o demandando não poderia escolher entre integrar ou não a relação jurídico-processual na qual foi acionado, comprometendo-se, juntamente com o demandante, a ter uma postura diligente na defesa de seus direitos e capaz de pôr termo à dilação indevida

Esclarecido isso, é oportuno destacar que foi a Lei nº 11.419/06 que inaugurou a citação real eletrônica e a intimação eletrônica. Tais possibilidades são mantidas no novo CPC (art. 246, inciso V, e art. 270). Os referidos atos de comunicações processuais poderão ser direcionados para qualquer demandado, inclusive para a Fazenda Pública, sendo necessário, porém, que, para citação, o citando esteja previamente cadastrado junto ao Poder Judiciário (Lei nº 11.419/06, artigos 2º, 5º e 6º). Passaremos, então, a tratar de alguns aspectos importantes do processo eletrônico.

2. ASPECTOS RELEVANTES DO PROCESSO ELETRÔNICO

A Lei nº 11.419/06 dispôs sobre a informatização do processo judicial e surgiu como uma promessa apta a dar efetividade e duração razoável ao processo, com ênfases no tempo e justiça. Com essa instrumentalização, vários benefícios foram agregados ao procedimento judicial. No processo eletrônico, os atos processuais são tramitados em ambiente virtual próprio, por meio do ciberespaço, que nada mais é do que um ambiente inusitado para comunicação, o qual alia baixo custo na manutenção, simplicidade no manuseio das plataformas, fácil acesso sem restrições geográficas e nítida celeridade com dispensa no deslocamento físico de pessoas e/ou documentos.

O grande problema é que, na construção de tecnologias que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva, algumas das garantias pertinentes aos direitos dos cidadãos serão, no todo ou em parte, suprimidas. É o caso do direito à intimidade. A referida lei, apesar

de inovar, ao buscar incluir definitivamente o Poder Judiciário na era digital, prezou pela liberdade individual em detrimento da garantia constitucional da publicidade dos atos processuais.

Com efeito, nos termos do art. 5º, inciso LX, da CRFB/88, a publicidade dos atos processuais é regra, sendo certo que sua restrição somente pode ocorrer para defesa da intimidade ou quando o interesse social o exigir. O princípio da publicidade tem duas funções básicas: proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos e permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça. Destaque-se, ainda, que o direito fundamental à privacidade não é absoluto.

Aliás, em tempo de redes e mídias sociais, a privacidade própria e alheia já é drasticamente mitigada porque, apenas para exemplificar, conversas podem ser "ouvidas" e e-mails podem ser "lidos". A diferença é que nós alegremente abrimos mão da privacidade, continuando a usar serviços dos gigantes da Internet.

Nesse cenário, torna-se necessário repensar a exteriorização do princípio da publicidade em uma sociedade dita da informação, visto que há um liame extremamente delgado entre publicidade e intimidade e nem tudo deve ser considerado como afronta à intimidade individual. Nesse passo, o Estado deve ter o direito constitucional de conhecer o endereço dos cidadãos e, se as informações obtidas forem administradas de forma prudente, será mantida a proteção das informações individuais que se atrelam a direitos fundamentais concernentes à personalidade.

A proteção dos dados pessoais salvaguardados pelo Estado imprimiria nova óptica aos direitos vinculados à tutela da privacidade, englobando outros interesses e formas de controle diante da possibilidade da manipulação responsável de dados pessoais. Tal proteção dos dados pessoais, em que pese modificasse os contornos e a dimensão do direito clássico à privacidade, beneficiaria diretamente o interesse público, na medida em que, em ações judiciais, por exemplo, todo e qualquer cidadão poderia ser acionado sem brechas para se esquivar.

Polêmicas à parte, o meio termo ainda é o lugar mais adequado, pois a publicidade não deve ser encarada como um princípio universal, independentemente de como se exterioriza, nem tampouco a intimidade deve ser elevada como um princípio constitucional inviolável. Há de se compatibilizar, portanto, o desenvolvimento do processo eletrônico, buscando garantir celeridade processual, com a necessidade de amenizar possíveis violações aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade.

Para isso, algumas importantes diretrizes que coadunam a proteção da vida privada e a circulação dos dados pessoais são: a) informar a finalidade

para coleta de dados ao dono deles; b) acesso individual para conhecimento dos dados coletados sobre si, obtendo correção de informação errada ou integração das incompletas; e c) segurança na coletânea de dados do sujeito.

Ocorre que os artigos 5º e 6º da Lei nº 11.419/06 criaram um limbo jurídico, pois há uma faculdade dada ao citando e intimando de receber as respectivas comunicações processuais por meio eletrônico, desde que façam tal opção perante o Poder Judiciário, mediante o cadastro prévio e presencial. Em outras palavras, as partes, ou seus advogados, tomarão ciência dos atos processuais eletrônicos somente se houver um prévio e voluntário cadastramento junto ao Poder Judiciário.

Não há, portanto, uma imposição do Estado obrigando o credenciamento prévio de todo e qualquer pessoa (natural ou jurídica) apta a ser citada em demanda judicial. Não foi prevista "nenhuma imposição compulsória de caráter procedimental: a adesão ao processamento judicial eletrônico decorre exclusivamente de ato unilateral do interessado, resultante da manifestação de sua vontade em se credenciar ao sistema digital"[4]. Não é por outro motivo que, certamente, serão poucos os demandados que terão interesse em aderir ao sistema dos tribunais para serem citados e intimados eletronicamente.

Tendo em vista que não foi imposta obrigação de cadastramento, a citação/intimação eletrônicas perde força, ao passo em que se constitui ato que expressa a liberdade do indivíduo em aceitá-la ou não. Nessa quadra, quem de fato perde credibilidade é o Poder Judiciário, que se vê inoperante diante da impunidade daquele que é réu, mas não pode ocupar tal lugar por opção pessoal. Em outras palavras, o Estado permite que o indivíduo se esquive para não ser citado/intimado.

A fragilização das comunicações processuais eletrônicas é explícita: não há o direito constitucional do Estado de conhecer o endereço dos citandos/intimandos. Com efeito, "ausente a obrigatoriedade de adesão ao processamento eletrônico de ações judiciais, é perfeitamente cabível que uma parte, ou seu procurador, decida não aderir ao sistema informatizado"[5].

Divergente e mais condizente com a realidade digital é o tratamento dado no processo administrativo tributário, especialmente em razão dos avanços quanto ao uso dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais. Com efeito, para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (i) o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais,

4 - BARRETO, Ana Amelia Menna. Inovação processual: novo Código de Processo Civil traz regras para processo eletrônico. **Revista Consultor Jurídico**. 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/ana-amelia-processo-judicial-eletronico-cpc>. Acesso em: 05 jun. 2015.

5 - BARRETO, Ana Amelia Menna. Inovação processual: novo Código de Processo Civil traz regras para processo eletrônico. **Revista Consultor Jurídico**. 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/ana-amelia-processo-judicial-eletronico-cpc>. Acesso em: 05 jun. 2015.

à administração tributária; e (ii) o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo (art. 23, § 4º, incisos I e II, do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 11.196/05). Na prática, com a adesão ao domicílio eletrônico, a ciência por parte do contribuinte de qualquer tipo de ato administrativo passou a ser de forma eletrônica, tornando viável a desburocratização e aumentando as vantagens como, por exemplo, a segurança no extravio de correspondências, a garantia de sigilo fiscal e a redução de custos com impressão de documentos.

O novo Código de Processo Civil, atento às novas demandas criadas pela era digital, tratou sobre a questão posta, mas não de forma plenamente satisfatória e capaz de suprir as falhas antes denunciadas.

Foi imposta a obrigação de que as empresas públicas e privadas mantenham cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por meio eletrônico (CPC/2015, art. 246, § 1º). Tal obrigação também foi imposta à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta dos referidos entes (CPC/2015, art. 246, § 1º). O Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública também deverão manter cadastro para recebimento de citações e intimações (CPC/2015, art. 270, parágrafo único). Estão isentas da obrigação as microempresas e as empresas de pequeno porte (CPC/2015, art. 246, § 1º). Também não são obrigadas a manter cadastro eletrônico as pessoas naturais.

Embora o dever de manter cadastros atualizados nos sistemas judiciais eletrônicos seja um dos exemplos de aplicação prática do princípio da cooperação, apenas os referidos sujeitos processuais específicos terão o direito de tomar ciência da existência de um processo em seu desfavor e o dever de não burlar ou postergar a citação/intimação.

Portanto, como a obrigação de manter cadastros nos sistemas de processo eletrônico não foi estendida para toda e qualquer pessoa (natural ou jurídica) que possa ser demandada, a garantia da efetividade da citação/intimação eletrônica fica comprometida, o que torna evidente a viabilidade de implementação da proposta que a seguir apresentaremos.

3. DA NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA BASE NACIONAL DE DADOS PARA FINS DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO

Como é notório, o Judiciário brasileiro está abarrotado de processos pendentes de julgamento. Com a difusão intensa da informática, é ela que

surge como uma solução capaz de evitar o inchaço que abarrota os fóruns da primeira instância e os tribunais pátrios. Construir um sistema inteligente, adaptado às necessidades do meio jurídico, certamente contribuirá de forma significativa para a efetivação do ideal de Justiça.

Assim, a criação de um banco de dados unificado e sólido se mostra uma alternativa relativamente simples e sem tantos custos para a sociedade, que terá a responsabilidade de equacionar os fatores para redução da morosidade e aumento da efetividade de um sistema judicial atuante para todos.

> Os bancos de dados são estruturas quem permitem a guarda e o gerenciamento de uma grande massa de dados ou informações. São conjuntos de dados estruturados que permitem a respectiva conservação, manipulação, gerenciamento e utilização. Assim, tendo em vista a rápida evolução dos sistemas de informação, em especial por meio da Internet, os bancos de dados aumentam em complexidade e tamanho, contendo cada vez mais informações e determinando mais dificuldades para o gerenciamento e sua utilização[6].

Dados pessoais consistem um conjunto de informações que permitem a identificação de pessoas, no momento ou posteriormente, e desdobram-se, ainda, na categoria dos dados sensíveis quando atinem à ideologia, religião, crença, raça, saúde, genética e vida sexual[7].

Pois bem. A ideia da existência de um banco de dados não é nova. Os dados informatizados de consumidores já são usados largamente pelas empresas privadas para a organização, manipulação e distribuição de dados pessoais. Nesse contexto, é oportuno notar que, em nível jurisprudencial[8], até mesmo a comercialização dos dados dos consumidores, inseridos em bancos informatizados, é vista como prática legal.

Infelizmente, o chamamento da parte ao processo é um dos maiores entraves à devida prestação jurisdicional, pois ainda há uma má cultura de se esquivar ao máximo possível da autoridade judicial.

Entretanto, com a criação de um banco de dados, administrado pelo Estado, um dos grandes transtornos ultrapassados seria acerca da localização

6 - VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da Veiga; ROVER, Aires José. Dados e informações na internet: é legítimo o uso de robôs para formação de base de dados de clientes? *In*. ROVER, Aires José (org.) **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004, p. 29.

7 - GHISI, Silvano; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O direito fundamental à intimidade como limite à manipulação de dados pessoais na sociedade da informação. **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB**, novembro de 2014, João Pessoa/PB. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eba7fcab4a6903ad>. Acesso em 02 jun. 2015.

8 - TJRS, Apelação Cível nº 70060163623, 9ª Câmara Cível, Relator: Miguel Ângelo da Silva, julgado em 29/04/2015.

do réu, posto que facilmente haveria identificação de seu endereço.

Com efeito, a possibilidade de armazenamento dos dados de perfis pessoais, sua comparação, junção e cruzamento com dados fornecidos em outras operações de bases informacionais, se usados de forma cautelosa e segura, continuará a salvaguardar a liberdade individual, oferecendo, ressalte-se, igual tratamento aos indivíduos, quer seja demandante, quer seja demandado.

Por óbvio que há de serem sopesadas as benesses em detrimento da construção de um mecanismo de vigilância eletrônica em massa. De fato, um sistema como o proposto conteria um banco de dados de informações individuais que necessitam ser protegidas, até porque se atrelam aos direitos fundamentais concernentes à personalidade, em especial ao direito de imagem e à privacidade.

Todavia, um aspecto importante da discussão gira em torno dos gastos públicos feitos em diligências judiciais em face da ausência de um banco de dados identificador dos indivíduos por meio da tecnologia. Com o advento de um banco de dados contendo o endereço eletrônico de todas as pessoas (naturais ou jurídicas) ou, na falta de acesso ao endereço eletrônico, o endereço real, com uma simples consulta prévia seria otimizado o trabalho do Oficial de Justiça e reduzidas as despesas com movimentação da máquina judicial, transporte, hospedagem, alimentação, escolta, se for o caso, etc.

Grande parte dos atos e comunicações processuais ainda é feita por cartas e mandados. Mediante implementação do banco de dados proposto, muitas diligências fadadas ao fracasso pelos mais variados motivos (falecimento, mudança de endereço, ocorrência de falência, etc.) deixariam de ser praticadas. Além disso, o cumprimento das ordens judiciais se daria de forma muito mais rápida.

Com efeito, a determinação para que todo cidadão e toda empresa mantenham seus dados pessoais atualizados perante um banco de dados centralizador das informações, administrado pelo Estado, pode ser uma ferramenta multiuso para oferecer um melhor serviço pelo Judiciário, garantindo, também, a observância do princípio da economia e celeridade processual, bem como do princípio constitucional da eficiência.

É válido acentuar que, por intermédio do mencionado banco de dados, haveria essa troca de informações em tempo real entre os setores responsáveis pela prestação jurisdicional, sendo oferecido, consequentemente, um serviço com mais qualidade e com custos reduzidos.

No mundo que, a cada dia que passa, se torna mais virtual, a identidade virtual, já amplamente utilizada por empresas de comércio eletrônico, por exemplo, tem se mostrado tão importante quanto a identidade real. Essa

identidade virtual nada mais é do que uma extensão da vida real da pessoa, ou seja, é apenas uma representação individual em outro ambiente, fazendo o cidadão tornar-se, também, um "cidadão virtual" em um mundo virtual, com efeitos refletidos na vida real.

Fazendo uma digressão, termos o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), criado na década de 60 para ser a identificação do contribuinte no banco de dados do fisco federal. O objetivo inicial era concentrar, em uma única base, as informações cadastrais do contribuinte nacional pessoa física, a partir de um número sequencial, a fim de facilitar a localização do sujeito passivo dos tributos federais e realizar as cobranças das obrigações tributárias.

> Entretanto, o CPF, aos poucos, foi sendo utilizado, também, por outras organizações, além do fisco federal, para funções que ultrapassavam sua atribuição inicial. O CPF ganhou a dimensão de um dos mais usados documentos de identificação nacional do cidadão, exigido por inúmeras instituições para prática de atos civis, comerciais e financeiros. Essas organizações têm o CPF como número chave de suas bases de dados, objetivando a identificação rápida e segura do cadastrado. A dimensão que ganhou o uso do CPF facilitou ao fisco federal utilizá-lo como um meio coercitivo, rápido, barato e eficaz para cobrar a entrega da DIRPF. Para os contribuintes omissos da DIRPF, o fisco federal enquadra o CPF em uma situação cadastral que denota para toda sociedade que o contribuinte não está regular. As entidades comerciais e financeiras, que utilizam o CPF como número chave em suas bases de dados, querendo que o cidadão mantenha o cadastro regular com o fisco federal, impedem que esse realize operações tais como compras e financiamentos. Nessa situação o cidadão omisso de DIRPF, compelido de praticar atos na vida social, tenderá a providenciar com urgência a entrega da Declaração[9].

É nesse aspecto que a identidade virtual criada para o indivíduo representa uma ferramenta de gestão operacional das informações cadastrais e históricas, bem como meio de se exteriorizar a cidadania do sujeito passivo. A cidadania, ressalte-se, não se expressa apenas quando há direitos garantidos ao indivíduo. Os deveres a ele inerentes também condizem com a manifestação da sua identidade cidadã.

O art. 8º da Instrução Normativa RFB nº 864/08 estabelece as situações que obrigaram a inscrição do cidadão no CPF; contudo, sua disseminação é

9 - SANTOS, Abigair Aparecida dos. **A utilização do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF de tributos federais como meio de exigir o cumprimento de obrigação acessória**. Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Tributário e Finanças Públicas (especialização), 2010, Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, p. 7. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/288/Monografia_Abigair%20Aparecida%20dos%20Santos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jun. 2015.

tão grande que pessoas não obrigadas podem solicitar a respectiva inscrição. Até mesmo recém-nascidos podem ser cadastrados no CPF no exato momento em que é emitida a Certidão de Nascimento. Essa ampla utilização, adquirida pelo Cadastro de Pessoas Físicas, pode ser justificada pela ausência de um número nacional, único e abrangente, que identificasse o cidadão brasileiro.

Criar um sistema similar ao do CPF, administrado pelo Estado, no qual a identidade virtual do cidadão seja preservada, seria bastante útil para a unificação dos cadastros já existentes. Isso porque permitiria fácil manutenção das informações registradas, bem como possibilitaria o cruzamento de dados com outras bases cadastrais.

Ressalte-se, também, que não há que se falar em transgressão no teor das informações a serem arquivadas no banco de dados proposto, posto que o cidadão tem o direito de saber o que consta a seu respeito. Com efeito, a hipótese de negativa de acesso aos sujeitos das informações contidas em banco de dados já foi afastada por decisão do Supremo Tribunal Federal[10].

Apenas por argumentar, cumpre destacar que não é de hoje a necessidade brasileira de ter um banco de dados unificado contendo informações criminais e cadastrais dos indivíduos, mas que respeitasse as peculiaridades regionais. Em face disso, por meio da iniciativa dos Estados, juntamente com o Governo Federal, surgiu, em 1995, o Programa INFOSEG. Para se adequar e acompanhar as mudanças tecnológicas, o INFOSEG foi relançado em 2004, com uma nova plataforma, equipamentos e com acesso via Internet, dando início à Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização, hoje conhecida como Rede INFOSEG.

Tal rede integra os bancos de dados de diversos órgãos estaduais e federais. Todavia, um problema recorrente é a falta de atualização cadastral relativa aos dados lançados no sistema. A falibilidade do sistema na concepção atual não consegue atender aos anseios das autoridades em identificar adequadamente os indivíduos.

A biometria, em contraponto, vem sendo apontada como uma solução promissora para problemas de identificação. Isso porque a tecnologia biométrica busca identificar com segurança e precisão o indivíduo pelas características biológicas singulares (leitura de sua impressão digital, íris, palma da mão, etc.).

O sistema biométrico, por meio da coleta de dados corporais, mantém um banco de informações pessoais identificadoras dos indivíduos. Tal sistema, ressalte-se, de há muito, já é utilizado em vários setores (bancos, registro do ponto de trabalho dos empregados, registro de frequência às aulas em centros de formação de condutores, identificação de usuários de plano de saúde para

10 - RE 673.707, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 17/06/2015.

procedimentos médicos, etc.). Tal método computadorizado, frise-se, é um instrumento útil para proporcionar o exercício da cidadania. Reconhecendo isso, a Justiça Eleitoral despontou e reconheceu que, mediante o cadastro biométrico, se garante autenticidade ao voto do eleitor brasileiro.

A vantagem do sistema biométrico, se comparado com a Rede INFOSEG, é que as características biológicas não podem ser perdidas ou esquecidas. Diante disso, situações como informações copiadas ou mecanismos para burlar a identificação serão mais difíceis de ocorrer. Além disso, a utilização de dados biológicos para identificação apresenta-se conveniente, sobretudo com o uso das impressões digitais, por ter implantação de baixo custo, uma vez que cada pessoa possui características distintas das outras[11].

Nesse panorama, cabe salientar que o uso de dados pessoais coletados dos cidadãos e administrados pelo Estado, sejam biométricos ou não, devem ser guardados com responsabilidade e com acesso restrito para evitar vazamento ou uso indevido por terceiros, o que, certamente violaria direitos fundamentais dos titulares.

> A biometria permite, porém, usos muito mais perversos da tecnologia, já que a mesma técnica que serve para verificar a identidade de um indivíduo também pode servir para identificar uma infinidade de características físicas, sociais e econômicas relacionadas a ele[12].

A ideia de que a biometria, ou qualquer outro sistema informatizado que reúna dados sobre os cidadãos, sirva como apetrecho para a vigilância eletrônica em massa é temerária. Nesse caso, o direito fundamental de não ter a vida íntima devassada estaria ameaçado e a CRFB/88 estaria sendo frontalmente vilipendiada.

Contudo, se usado de forma legítima e prudente, a identificação por meio da tecnologia biométrica é um modo não invasivo e sem constrangimento de identificação segura do indivíduo.

Paralelo à necessidade de identificação do sujeito, temos, como já reportado, o novo CPC impondo a necessidade de haver cadastro obrigatório pelas empresas nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para recebimento de citação e de intimação. Analogicamente, o Estado pode determinar que todas as pessoas (naturais ou jurídicas) prestem informações em um banco

11 - ALECRIM, Emerson. **Introdução à biometria**. Disponível em: <http://www.infowester.com/biometria.php>. Acesso em: 11 jun. 2015.

12 - CORRÊA, Vanderlei Antônio. **Biometria: autenticação segura ou vigilância eletrônica em massa?** Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Vanderlei-Antonio-Correa.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

de dados unificado, administrado pelo Estado e de uso restrito para fins processuais, no qual conste a identificação da pessoa e, principalmente, seu endereço eletrônico ou endereço físico (nesse caso com a imposição de constante atualização), a fim de permitir as citações e intimações por meio eletrônico ou sem dilações indevidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho reforça, por inúmeras justificativas, a necessidade premente que se tem em construir um banco de dados capaz de comportar os dados pessoais e de endereços das pessoas (naturais e jurídicas) brasileiras. O intuito maior pretendido com a identificação do sujeito por meio de uma base única de dados, administrada pelo Estado, é dar celeridade, sobretudo no que toca aos atos de comunicação processual, garantindo que a duração razoável do processo transite de um princípio distante para uma realidade concreta.

Com o advento de um sistema como o proposto, um grande desafio a ser enfrentado pelo Judiciário perante o processo eletrônico, qual seja, o de driblar a dificuldade existente que impede que o citando/intimando receba comunicações processuais por meio eletrônico sem ter havido cadastro prévio, ficará mitigado, pois o Estado saberá o endereço dos sujeitos da demanda. Além disso, haverá grande economia com o conhecimento pelo Estado do endereço real do cidadão, especialmente quando serão evitadas diligências frustradas.

O critério da adesão voluntária é um exemplo de excessiva liberdade dada ao indivíduo, vez que este terá a faculdade de aceitar ou não a citação/intimação eletrônica. A ideia que deve florescer é a de que ninguém pode se esquivar para não ser encontrado. Nesse contexto, é importante notar que, se o sistema proposto for administrado de forma cautelosa, o indivíduo manterá seus direitos e garantias fundamentais preservados e ajudará o Estado a prestar um valioso serviço à sociedade de modo geral, vez que todo e qualquer sujeito residente nesse país poderá ser identificado, intimado e citado. No que tange à identificação, a biometria se revela em um poderoso instrumento, e já está sendo aplicado na Justiça Eleitoral.

Diante do exposto, é necessária a construção de um banco de dados obrigatório contendo o endereço eletrônico ou real de todas as pessoas (naturais ou jurídicas) para viabilizar a citação/intimação, anexo à exigência de criação de uma identidade virtual para exercício de outros deveres da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALECRIM, Emerson. **Introdução à biometria**. Disponível em: <http://www.infowester.com/biometria.php>. Acesso em: 11 jun. 2015.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informação judicial no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARRETO, Ana Amelia Menna. Inovação processual: novo Código de Processo Civil traz regras para processo eletrônico. **Revista Consultor Jurídico**. 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/ana-amelia-processo-judicial-eletronico-cpc>. Acesso em: 05 jun. 2015.

CORRÊA, Vanderlei Antônio. **Biometria: autenticação segura ou vigilância eletrônica em massa?** Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Vanderlei-Antonio-Correa.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

GHISI, Silvano; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O direito fundamental à intimidade como limite à manipulação de dados pessoais na sociedade da informação. **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB**, novembro de 2014, João Pessoa/PB. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eba7fcab4a6903ad>. Acesso em 02 jun. 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Abigair Aparecida dos. **A utilização do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF de tributos federais como meio de exigir o cumprimento de obrigação acessória**. Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Tributário e Finanças Públicas (especialização), 2010, Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/288/Monografia_Abigair%20Aparecida%20dos%20Santos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jun. 2015.

VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da Veiga; ROVER, Aires José. Dados e informações na internet: é legítimo o uso de robôs para formação de base de dados de clientes? *In*. ROVER, Aires José (org.) **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004, p. 29.

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

(res judicata in face of a unconstitucionality decision and execution of judgements against public treasure)

Isadora Dowsley Pinto Ribeiro
Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Recife – UFPE

Maria Eduarda Ribeiro Almeida
Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Recife - UFPE

RESUMO: Com o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, em março de 2016, novos apontamentos devem ser feitos acerca de institutos já clássicos no campo das investigações jurídicas. Dentre eles, destaca-se a temática da inexigibilidade do título judicial eivado de inconstitucionalidade, a qual teve seu regramento reformulado. Este artigo fará um breve histórico da coisa julgada inconstitucional na execução contra a Fazenda Pública, bem como analisará o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do art. 741 do CPC/73, e comparará os regramentos dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, sobre a matéria legal.

PALAVRAS CHAVES: PROCESSO CIVIL, COISA JULGADA, TÍTULO JUDICIAL, INEXIGIBILIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE, FAZENDA PÚBLICA.

ABSTRACT: With the beggining of validity of new Civil Procedure Code 2015, in march, 2016, the impacts of innovetion introducced in field of brazilian's Civil Procedure are immesurable. New notes regarding the classic institutes of legal research must be done. Among them, is the theme of unenforceability of judicial enforcement instrument contaminated with unconstitucionality, which had its regulation modified by New Civil Procedure Code. This article, establishing a comparison between the codes from 1973 and 2015, will present a brief historical on unconstitutionality of res judicatas

on execution of judgements against Public Treasure, as well as analysis of a recent Supreme Cout trial about the constitucionality of 1973's Civil Procedural Code's article 741.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE, RES JUDICATA, ENFORCEMENT INSTRUMENT, UNENFORCEABILITY, UNSCONSTITUCIONALITY, PUBLIC TREASURE.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada representa um pilar indispensável para a própria existência do discurso jurídico. Robert Alexy, na Teoria da Argumentação Jurídica, afirma que a estabilização – representada pelo realista como a limitação da argumentação no tempo – do discurso é *conditio sine qua non* para que seja considerado jurídico[1].

Na visão de Ovídio Baptista, a coisa julgada é a "virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a lei do caso concreto[2]".

Assim, a segurança jurídica, a existência de discurso jurídico e o Estado Democrático de Direito são conceitos intrínsecos, importando na irretroatividade, na previsibilidade e na confiabilidade dos atos estatais, que, por sua vez, geram um ambiente de estabilidade institucional, propício a concretizar a dignidade humana[3].

> A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal,

1 - ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001, P. 212.
2 - DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, P. 480 e 481.
3 - DIDIER JR., Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015, P 557.

> sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade[4].

É sob essa óptica que a Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Dessa afirmação, extrai-se que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada e que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada[5].

Em meio a esse contexto, tem-se que o parágrafo único do art. 741 do CPC/73 adentrou no ordenamento jurídico como espécie de instrumento de "ataque" à coisa julgada fora da delimitação temporal bienal da ação rescisória, podendo ser invocado nos casos em que a sentença transitada em julgado estivesse fundada em norma inconstitucional.

Assim, a partir do CPC/73, passou a existir a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada – com condão de obstar a execução do título judicial decorrente de "sentença inconstitucional" – por meio de dois mecanismos, quais sejam: i) impugnação ao cumprimento de sentença, em cujo polo passivo figure particular, conforme disposição expressa do art. 475-L[6]; e ii) embargos à execução, promovidos pela Fazenda Pública, conforme disposição expressa do art. 741, parágrafo único[7].

Os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento de sentença seriam, assim, novos mecanismos aptos a obstar os efeitos da coisa julgada material, advinda do trânsito em julgado da sentença, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato que respaldou a decisão, denominando-se tal feito de "coisa julgada inconstitucional".

---

4 - SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, P. 397.

5 - MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 57.

6 - Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 1o Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

7 - Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora; V – excesso de execução; Vl - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; Vll - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

O enfoque do presente estudo situa-se na coisa julgada inconstitucional, nas execuções movidas em face da Fazenda Pública, e serão abordadas algumas peculiaridades sobre a matéria, tais como o modo como esse instituto adentrou no ordenamento jurídico pátrio e a discussão acerca de sua constitucionalidade.

Ressalta-se, ainda, que o CPC/15 disciplinou a matéria, em seu art. 535, §5º ao §8º. Contudo, mesmo com o advento do novo de Código de Processo Civil, os questionamentos que permeiam o instituto da coisa julgada inconstitucional não foram dirimidos, sendo relevante, portanto, trazer algumas abordagens sobre o tema, sobretudo, no que tange **à**s mudanças trazidas, pelo novo regime processual.

2. BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Ação Rescisória – ação autônoma de impugnação, que tem por objetivo a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado – foi legalmente regulada pelo CPC/39[8]. Com a superveniência do CPC/73, a tangibilidade da coisa julgada foi confirmada, havendo a ampliação do rol de cabimento da ação rescisória[9]e a inserção dos embargos à execução como meio de desfazimento dos efeitos da coisa julgada.

Isto porque, com a introdução do parágrafo único ao art. 741 do CPC/73, pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001, o ordenamento jurídico passou a prever a possibilidade de a Fazenda Pública arguir a inexigibilidade do título executivo fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal, em sede de embargos à execução. Em outras palavras, mesmo após o trânsito em julgado de decisão declaratória de obrigação de pagar, em desfavor do ente público, este obteve a prerrogativa de arguir a inexigibilidade do título, em razão de a decisão ter-se pautado em lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

8 - Art. 798. Será nula a sentença: I – quando proferida: a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e; b) com ofensa à coisa julgada; c) contra literal disposição de lei. II – quando o seu principal fundamento for prova declarada falsa em Juízo criminal, ou de falsidade inequivocamente apurada na própria ação rescisória.

9 - Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; Vl - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; Vll - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de Ihe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Logo, tendo em vista a possibilidade de ruptura da coisa julgada material por meio de embargos à execução, iniciou-se, na doutrina e na jurisprudência, calorosa discussão acerca da constitucionalidade da norma jurídica, prevista do parágrafo único do art. 741, do CPC/73.

Na doutrina, Nelson Nery Jr defendia a inconstitucionalidade do artigo[10], enquanto Humberto Theodoro Jr. considerava que qualquer sentença inconstitucional seria insuscetível de execução, independentemente de pronunciamento de inconstitucionalidade do Tribunal Superior[11]. Araken de Assis, por sua vez, só considerava a inexigibilidade do título executivo nos casos em que a inconstitucionalidade fosse declarada pelo controle concentrado de constitucionalidade[12]. Por último, Talamini defendia que, a inconstitucionalidade declarada por controle difuso de constitucionalidade também poderia ser considerada para fins de inexigibilidade do título, desde que a norma fosse suspensa por resolução do Senado[13].

Não obstante o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2418, pela Ordem dos Advogados do Brasil, alegando que a medida provisória seria inconstitucional por não cumprir o pressuposto de relevante urgência para sua edição, ferindo, portanto, o art. 62 da Constituição Federal[14], seu conteúdo foi confirmado por meio da Lei 11.232 de 2005, a qual introduziu, no ordenamento jurídico, o art. 475, L – trazendo, assim, as hipóteses do art. 741 para o cumprimento de sentença – e modificou o caput do art. 741, especificando que este artigo seria aplicável à execução contra a fazenda pública[15].

As alterações promovidas pela Lei 11.232/05 ensejaram o ajuizamento de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob nº 3470, pela Ordem dos Advogados do Brasil, alegando que a inclusão do parágrafo único do art. 741 atentou contra o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal[16], uma vez que a referida lei afetaria a intangibilidade da coisa julgada.

10 - NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 920.
11 - JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, 2003. P. 274.
12 - ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, P. 330 e 331.
13 - TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, parágrafo único). In: Revista de Processo, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, P. 6.
14 - Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
15 - Caput do art. 741 antes da Lei 11232/05: Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: [omissis] Caput do art. 741 após a Lei 11232/05: Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [omissis].
16 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Além disso, com o surgimento do instituto da repercussão geral, em 2006, foram escolhidos como representativos de controvérsia os Recursos Extraordinários nº 611.503/SP e nº 586.068/PR, reiterando a discussão acerca da (in)constitucionalidade da mitigação da coisa julgada trazida pelos arts.741 e 475, L do CPC/73, o que levou ao sobrestamento de milhares de recursos em virtude da Repercussão Geral reconhecida pelo STF.

Apenas em maio de 2016, houve o julgamento da ADI nº 2418, a qual se restou prejudicada, declarando o STF a constitucionalidade do artigo em questão. Contudo, os recursos extraordinários correlatos e a ADI nº 3470, até o presente momento, não tiveram seus julgamentos finalizados.

Com efeito, faz-se imprescindível tecer alguns comentários acerca deste recente julgamento, o qual, apesar de ter declarado a constitucionalidade do parágrafo único do art. 741, do CPC/73, deixou algumas questões de direito em aberto, ao tratar da norma jurídica correspondente no CPC/15, qual seja o supracitado art. 535, § 5º ao §8º. Eis o que será abordado a seguir.

3. DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 741 DO CPC/73

A redação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, trazia dois grandes problemas: i) não diferenciava as hipóteses da decisão de inconstitucionalidade da lei ou do ato jurídico ser antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, e ii) não mencionava se o controle de constitucionalidade capaz de ensejar a inexigibilidade do título seria difuso ou concentrado, dando margem a aplicações que subvertem a essência do sistema e atentam contra a segurança jurídica.

Além dos problemas interpretativos, gerados pelas omissões do legislador, pairavam-se, sobre o campo doutrinário, outros questionamentos, tais como: "os embargos à execução apenas reconheceriam a inexigibilidade do título executivo ou teriam o condão de rescindir a sentença? " e "a rescindibilidade seria efeito produzido apenas pela ação rescisória?"

É nesse sentido que se destaca a importância do julgamento da ADI 2418, na qual o Min. Teori Zavascki, relator da ação, estabeleceu os limites de aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, pondo fim a alguns lapsos do legislador, sobretudo, no tocante à questão da possibilidade da rescindibilidade da coisa julgada por meio dos embargos à execução.

Antes de partir para a análise do julgamento, frise-se que o art. 741, parágrafo único, foi recentemente revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, recebendo regramento semelhante no atual art. 535, §5º ao §8º,

excetuadas certas inovações. Desta feita, ressalta-se que, como bem destacou o Min. Teori Zavascki, o juízo de constitucionalidade é válido para as regras jurídicas que reproduziram as regras do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, excluindo-se, portanto, as novidades legislativas. Desse modo, o juízo de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal é válido, também, para o regramento do CPC/2015, excetuando-se os § 6º e §8º, do art. 535, do mesmo diploma legal.

Posto isso, prossigamos.

No julgamento, a primeira delimitação feita pelo Min. Teori Zavaski foi no sentido de afirmar que o regramento do art. 741, parágrafo único, CPC/73, não abarcava todas as situações de inconstitucionalidade[17].

Ora, como se sabe, a sentença pode ser inconstitucional quando: i) aplica norma inconstitucional (ou com sentido ou situação tidos como inconstitucional); ii) deixa de aplicar norma declarada constitucional; iii) aplica dispositivo da Constituição considerado não autoaplicável; iv) quando o aplica à base de interpretação equivocada; v) deixa de aplicar dispositivo constitucional autoaplicável.

Em se tratando do dispositivo em análise (art. 741, parágrafo único, do CPC/73), a inconstitucionalidade abordada limitava-se às hipóteses de sentença que aplica norma inconstitucional ou com sentido ou situação tidos como inconstitucional e de sentença que declara inconstitucional ou deixa de aplicar norma considerada constitucional pelo STF, em virtude da eficácia dúplice das sentenças meritórias[18], por efeito da literalidade do dispositivo.

Define, ainda, que, ao contrário do que defendia Humberto Theodoro Jr, o art. 741, parágrafo único, necessitava, para ser aplicado, de prévia decisão do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade da norma jurídica.

Assim, de maneira irretocável, o Min. Teori Zavascki resolve a problemática acerca da decisão de inconstitucionalidade proferida antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, na medida em que deixa clara a existência de regimes diferentes para a declaração de inconstitucionalidade decidida antes do trânsito em julgado da sentença e para a declaração de inconstitucionalidade superveniente à formação da coisa julgada da sentença exequenda.

De igual modo ao estabelecido pelo CPC/2015, a arguição da inconstitucionalidade por embargos à execução, no antigo regime, apenas

17 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta. Jurisprudência. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1908741. Acesso em 25 de junho de 2016. ADI 2418, Relator Min. Teori Zavaski. DJE de 09/05/2016.

18 - O Min. Teori Zavascki acentua, em seu voto na ADI 2418, que "ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação, o que se faz é a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (que é igual a prodizida pela interpretação conforme a Constituição) mas, ao mesmo tempo e como consequência, é b) declarar a inconstitucionalidade de outra ou outras normas (igual a que é produzida pela interpretação repelida).

poderia ser feita antes do trânsito em julgado da sentença exequenda, enquanto ainda ocorresse a fase executiva, pois não havia sentido em opor embargos à execução, quando a fase executiva já houvesse se encerrado. Leia-se excerto do voto:

> No regime do CPC/73, não havia distinção entre ser o precedente anterior ou superveniente à sentença exequenda. Mas é claro que, se o precedente do STF tiver sido anterior (como agora dispõe o § 14 do art. 525 do CPC/15), fica evidenciado, mais claramente, o desrespeito à autoridade da Suprema Corte. No atual regime (CPC/15), se a decisão do STF, sobre a inconstitucionalidade, for superveniente ao trânsito em julgado da sentença exequenda, "caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em conformidade com o que dispõe o atual Código de Processo Civil, em seu art. 535, §8º, caso a decisão de inconstitucionalidade tenha sido proferida pelo STF de forma superveniente à formação do título judicial e não tenha seus efeitos pela Corte Suprema, o mecanismo de rescindibilidade cabível será a ação rescisória, ajuizada perante o tribunal competente.

No tocante à conturbada discussão acerca da possibilidade de os embargos à execução rescindirem a coisa julgada, o Ministro definiu que a interpretação correta do dispositivo (art. 741, parágrafo único, do CPC/73) seria no sentido de reconhecer que, de fato, o campo da rescindibilidade das sentenças foi alargado, podendo, assim, serem rescindidas por meio de embargos à execução, propostos pela Fazenda Pública. *In verbis,* vide trecho do voto do Min. Relator:

> Assim, alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrarias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas a rescisão por via de impugnação ou de embargos a execução. A existência de precedente do STF representa, portanto, o diferencial indispensável a essa peculiar forma de rescisão do julgado.

Outro ponto controvertido resolvido pelo Supremo Tribunal Federal foi em relação à distinção entre a decisão de inconstitucionalidade proferida por controle de constitucionalidade concentrado e a decisão proferida por controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista que tanto o regramento do CPC/15 quanto a análise feita pelo Min. Teori Zavaski apontam que não

importa se a decisão foi proferida em controle concentrado ou difuso para ser passível de rescisão.

Frisa-se que a distinção entre os controles de constitucionalidade difuso e concentrado não são compatíveis com a valorização do sistema de precedentes pretendida pelo CPC/15, sendo de extremo valor a interpretação do Supremo nesse aspecto, ao passo em que se coagula com a legislação processual vigente.

> Também não se fazia alusão nem distinção, à época, entre precedente em controle incidental ou concentrado. Como agora explicita o novo Código, essa distinção é irrelevante. Em qualquer dos casos, e independentemente da existência ou não de resolução do Senado suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional, tem igual autoridade a manifestação do Supremo em seu juízo de constitucionalidade, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. A distinção restritiva, entre precedentes em controle incidental e em controle concentrado, não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconheceu o STF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, Dje 22.10.14, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica de que a eficácia erga omnes das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada "efeito natural da sentença" (BITTENCOURT, Lúcio, op. cit., p. 143; CASTRO NUNES, José. Teoria e prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 592). É exatamente isso que ocorre, aliás, nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 949 do CPC/15, reproduzindo o parágrafo único do art. 481 do CPC/73, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do plenário do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu três pressupostos para a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73 e de seu correspondente no Código de Processo Civil vigente, o art. 535, do CPC/15, quais sejam: i) estar a sentença fundada em norma reconhecidamente

inconstitucional – ou com sentido/intepretação inconstitucional – ou deixar de aplicar norma constitucional; ii) ter o STF declarado a inconstitucionalidade da norma, por controle concentrado ou difuso de constitucionalidade; e iii) ter o reconhecimento de inconstitucionalidade se dado antes do trânsito em julgado da sentença exequenda.

Todavia, o recente julgamento não acaba com a discussão acerca da coisa julgada inconstitucional. O CPC/15 juntamente com a recente interpretação do STF deram fim a diversos pontos controvertidos. Entretanto, pouco se comenta sobre as inovações normativas: a possibilidade de haver modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, em atenção à segurança jurídica, e a delimitação do marco temporal do início da contagem do prazo bienal da ação rescisória, qual seja o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade (art.535, §6º e §8º, CPC/15, respectivamente). É sobre isso que se tratará a seguir.

4. DAS MUDANÇAS NORMATIVAS ENTRE OS REGIMES DE 1973 E DE 2015: DO ARTIGO 741, PAR. ÚNI., AO ARTIGO 535, §5º AO §8º.

O advento do atual Código de Processo Civil, o qual entrou em vigência em março de 2016, acarretou uma série de mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Por esta razão, antes de adentrar na análise da norma jurídica disposta no art. 535, §5º ao §8ª, do CPC/15, que permite a alegação de inconstitucionalidade da coisa julgada, faz-se imprescindível destacar algumas mudanças no regime das execuções propostas em face da Fazenda Pública, tendo em vista a interligação sistêmica destes institutos.

Cumpre destacar, primeiramente, que, nos casos em que o executado é a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa em relação a particulares, devido às peculiaridades do regime dos bens públicos, os quais não se submetem a medidas expropriatórias, por serem impenhoráveis e inalienáveis. Desta feita, em se tratando do Erário, o pagamento de eventuais condenações deve ser submetido à sistemática do precatório ou do regramento de pequeno valor ("RPV") – a depender do valor da obrigação –, em conformidade com o art. 100, da Constituição Federal.

Em decorrência dessas peculiaridades, no regime do CPC/73, independentemente de o título ser judicial ou extrajudicial, para receber quantia em pecúnia do Ente Público, seria necessário ajuizar uma ação de execução, a qual era processada em autos apartados do processo de conhecimento, sendo o executado citado para oferecer defesa, por meio de embargos à execução, frise-se, independente da natureza do título em questão. Para tanto, outrossim, seguiam-se as regras do art. 741, CPC/73.

Por seu turno, o regramento em vigor modificou substancialmente as normas de execução contra a Fazenda Pública, tendo em vista que, no CPC 2015, quando a execução contra o Erário se fundar em título judicial, que reconheça a obrigação de pagar quantia certa, a parte exequenda deverá requerer o cumprimento de sentença contra aquela, não se fazendo mais necessário, portanto, ajuizar uma ação de execução, como outrora era exigido (arts. 534 e 535, do CPC/15).

Como se sabe, o cumprimento de sentença é fase processual, que, ao ser requerida, faz com que a Fazenda Pública seja intimada – e não citada – para apresentar, em 30 (trinta) dias, sua impugnação. Logo, atualmente, a possibilidade de a Fazenda Pública arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, após a sentença, ocorrerá em sede de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 535, §5º ao §8º) e não mais por meio de embargos à execução.

Feito este breve esclarecimento, é importante destacar as mudanças normativas entre os regimes de 1973 e de 2015, no tocante à coisa julgada tida por inconstitucional e a execução em face da Fazenda Pública, a começar pelas inovações do texto legal do art. 535, do CPC/15:

CPC/73	CPC/2015
Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (...) II - inexigibilidade do título; (...) Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados incons-titucionais pelo Supremo Tribu-nal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.	Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...) III - inexequibilidade do título **ou inexigibilidade da obrigação;** (...) §5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também **inexigível a obrigação** reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, **em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.** §6º. No caso do § 5o, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão **ser modulados no tempo**, de modo a favorecer a segurança jurídica. §7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida **antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.**

Na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a Fazenda Pública pode, em sua impugnação, alegar a inexigibilidade do título ou a inexigibilidade da obrigação. Haverá, outrossim, inexequibilidade, quando a decisão não ostentar a natureza de título executivo judicial ou quando nela faltarem os atributos da respectiva obrigação, quais sejam, a exigibilidade, a certeza e a liquidez[19].

O art. 535, § 5º do CPC/15 representa uma hipótese especial de inexigibilidade da obrigação, na medida em que aduz à coisa julgada inconstitucional, impedindo, portanto, o exercício da pretensão do exequente. O mencionado dispositivo deixa evidente que a decisão do STF pode ter sido resultado de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pondo fim a longa discussão acerca do tipo de controle de constitucionalidade que seria apta a ensejar à aplicação dessa regra jurídica[20].

Não obstante, também não é toda sentença inconstitucional que pode ter seu cumprimento obstado, pois, conforme julgamento da ADI nº 2418, o Min. Teori Zavascki já se posicionou no sentido de afirmar que são apenas três os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo, quais sejam: i) a aplicação de lei inconstitucional; ii) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou , ainda, iii) a aplicação da lei com um sentido (=uma interpretação) tido por inconstitucional.

> Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de constitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E, no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação, conforme à Constituição[21].

19 - DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, P. 342.

20 - "É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta" (ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentença inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fred. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPodivm; 2006, P. 337.

21 - ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentença inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fred. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006, P. 333.

Além disso, percebe-se que a aplicação do dispositivo pressupõe que a decisão do STF tenha sido anterior à formação do título judicial, bem como que a lei – cuja inconstitucionalidade já tenha sido proclamada pelo STF – tenha sido essencial para a procedência do pedido[22].

Desta feita, o CPC/2015 afasta a ideia de alegação de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada para obstar a execução, negando, assim, a tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre um juízo legítimo de constitucionalidade e, consequentemente, sobre a coisa julgada. Portanto, tal dispositivo foi importante, não só para resguardar a intangibilidade da coisa julgada material – que, no Brasil, é assegurada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXXVI – mas, também, para ressalvar a especificidade do controle difuso de constitucionalidade[23].

Com o parágrafo 7º, do art. 535, houve, ainda, uma reafirmação da eficácia obrigatória dos precedentes constitucionais, na linha da teoria dos precedentes das Cortes Supremas, uma vez que o fundamento da dedução da decisão de inconstitucionalidade, na impugnação, deixou de ser a nulidade da lei inconstitucional e passou a ser a eficácia obrigatória da decisão de inconstitucionalidade. Logo, a decisão judicial que nega pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, firmado em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, constitui decisão eivada de vício grave, que compromete a sua exequibilidade[24].

Contudo, essa regra não se aplica a decisão de inconstitucionalidade proferida posteriormente à formação do título judicial, tendo em vista que, proferida decisão do STF após o trânsito em julgado, e não tendo havido modulação de efeitos pela Corte Suprema, a hipótese será de ação rescisória, ajuizada perante o tribunal competente, cujo prazo para interposição será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 535, §8º, CPC/15).

Conforme destaca o jurista Leonardo Carneiro da Cunha, a hipótese de cabimento da Ação Rescisória prevista no § 8ª do art. 535 do CPC/15 não se confunde com a hipótese prevista no inciso V, do art. 966[25], do mesmo

22 - DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, P. 344.

23 - MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, P. 72 a 77.

24 - Idem, ibidem. P. 72 a 77.

25 - Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

diploma legal, tendo em vista que os pressupostos e a contagem de prazo para o exercício do direito à rescisão são diversos.

> Se o órgão jurisdicional decide contrariamente a entendimento já firmado pelo STF, será possível ao executado, no posterior cumprimento de sentença, apresentar impugnação para invocar a inexigibilidade do título (art. 535, §5º, do CPC). Nesse caso, a alegação tem por finalidade obstar o cumprimento da sentença, encobrindo a pretensão executiva. A impugnação não visa desfazer ou rescindir a decisão sob cumprimento; destina-se apenas a reconhecer sua ineficácia, sua inexigibilidade, impedindo que se prossiga com o cumprimento de sentença. Para desfazer ou rescindir a decisão, é preciso ajuizar ação rescisória. Em tal hipótese, a rescisória terá por fundamento o inciso V do artigo 966, pois terá havido manifesta violação a norma jurídica: o órgão julgador decidiu contrariando a norma construída pelo STF ao interpretar o correspondente texto ou enunciado constitucional. Enfim, se a desarmonia entre a decisão rescindenda e a orientação do STF for congênita, caberá ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 966 do CPC. (...) Se, porém, a desarmonia entre a decisão e o entendimento do Supremo Tribunal Federal vier a ocorrer depois da coisa julgada, aí a ação rescisória não terá fundamento no inciso V do artigo 966 do CPC. Isso porque, nesse caso, quando fora proferida decisão, não existia ainda pronunciamento do STF. Logo, não houve manifesta violação da norma jurídica. O órgão julgador não contrariou entendimento do Supremo Tribunal Federal, inexistindo à época da decisão. Na hipótese de o Supremo Tribunal Federal vir a proferir decisão contraria após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, a rescisória terá por fundamento o §8º do art. 535 do CPC. A hipótese é diversa [26].

Com efeito, percebe-se que, na hipótese da rescisória do art. 966, V, do CPC/15 a desarmonia entre a decisão rescindenda e o entendimento da Suprema Corte deve ser congênita ou anterior ao trânsito em julgado da decisão. Por outro lado, na hipótese da rescisória, disposta no art. 535, §8º, do mesmo diploma legal, a decisão de inconstitucionalidade será posterior ao trânsito, sendo situações diversas e tendo, portanto, regime jurídicos diversos, uma vez que, no segundo caso, o órgão julgador não contrariou decisão do Supremo Tribunal Federal.

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

26 - DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, P. 345 e 356.

Contudo, frisa-se que a ação rescisória – seja a do art. 966 ou a do art. 535, do CPC/15 – é espécie de ação desconstitutiva ou constitutiva negativa. Significa, então, que seu ajuizamento decorre do exercício, pela parte autora, de um direito potestativo à desconstituição da coisa julgada, sendo o prazo para o seu ajuizamento decadencial.[27]

A seu turno, o §6º, do art. 535, ao consagrar a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, parte da premissa de que, para se preservar as decisões pautadas na aplicação de lei inconstitucional, na aplicação da lei a situação considerada inconstitucional, ou na aplicação da lei com um sentido (=uma interpretação) tido por inconstitucional, é preciso negar eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade.

Sendo assim, se o Supremo Tribunal Federal der efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, resta prejudicada a possibilidade de rescisória do §8º, do art. 535.

A hipótese do inciso V, art. 966 difere, ainda, da hipótese do §8º do art. 535, em relação ao início da contagem de prazo, para o ajuizamento da ação rescisória. Isto porque, enquanto a rescisória do art. 966 tem seu prazo contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, a rescisória do art. 535 tem seu prazo contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, ao dispor que "se a decisão referida no § 5o for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal" (art. 535,§8ª), subordina-se a estabilidade da coisa julgada a uma verdadeira condição atemporal, tendo em vista que, a qualquer momento, reconhecida ou declarada a inconstitucionalidade de certa norma – ou de sua interpretação – pelo STF, inicia-se a contagem do prazo para interposição da ação rescisória.

Por esta razão, juristas, como Luiz Guilherme Marinoni, defendem a inconstitucionalidade dessa regra jurídica, na medida em que, por tal preceito normativo, a coisa julgada teria apenas estabilidade provisória, subordinando-se a uma eterna possibilidade de alteração pela Suprema Corte Federal[28].

27 - DIDIER JR. Fred; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2016, P. 257.

28 - "A intangibilidade da coisa julgada material é essencial para a tutela da segurança jurídica, sem a qual não há Estado de Direito, ou melhor, sem a qual nenhuma pessoa pode se desenvolver e a economia não pode frutificar. Nem se diga, nessa altura, que a alegação da decisão de inconstitucionalidade constituiria uma exceção constitucionalmente legítima à intangibilidade da coisa julgada, argumentando-se que a rescisão da coisa julgada fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional seria uma afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade. É sempre importante advertir que a garantia da coisa julgada não resguarda os efeitos de uma lei inconstitucional, porém ressalva os efeitos de um juízo constitucional, que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal." (MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 108.

Como destacou o Min. Teori Zavascki, no julgamento da ADI 2418, o juízo de constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, CPC/73, é válido para as normas que foram reproduzidas no art. 535, do CPC/15. Assim, as novidades legislativas, a exemplo dos §6º e §8º, do art. 535, até o presente momento, não tiveram sua constitucionalidade declarada, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

A segurança jurídica é um dos elementos fundamentais ao Estado Democrático de Direito, ante a necessidade de pacificar os conflitos sociais intersubjetivos, pautando-se em dois elementos basilares, quais sejam: i) a estabilidade das decisões dos Poderes Públicos; e ii) a previsibilidade, que se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos[29].

Com a possibilidade da desconstituição da decisão transitada em julgado, por meio de impugnação ao cumprimento de sentença – antes, embargos à execução – interposto pela Fazenda Pública, observa-se uma ampliação do rol de hipóteses dos meios rescisórios.

Assim, embora as diversas divergências doutrinárias, acerca da constitucionalidade da regra jurídica do artigo 741, CPC/73, em razão, sobretudo, da alegação de violação ao princípio da segurança jurídica, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2418), o STF decidiu pela constitucionalidade da regra jurídica e, por consequência, a do seu correspondente no diploma legal vigente, a saber, o artigo 535, §5, CPC/73, dirimindo, assim, uma série de dúvidas que pairavam o tema.

Não obstante, as controvérsias sobre a coisa julgada inconstitucional e a execução contra a Fazenda Pública estão longe de ter um fim definitivo. Com as inovações trazidas pelo CPC/15, a exemplo da possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade do título judicial eivado de inconstitucionalidade, bem como da ação rescisória atemporal (§6º e §8º, art. 535, do CPC/15, respectivamente), novos questionamentos surgem, restando ao tempo – por meio de eventuais decisões sobre a matéria e/ou da praxe jurídica – definir o modo como se operará essa norma jurídica no ordenamento pátrio.

29 - WAIBER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P. 22.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.

ASSIS, Araken de. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta. Jurisprudência. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1908741. Acesso em 25 de junho de 2016. ADI 2418, Relator Min. Teori Zavaski. DJE de 09/05/2016.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2016.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. CURSO DE PROCESSO CIVIL. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER JR. Fred; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSOS NOS TRIBUNAIS. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TALAMINI, Eduardo. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE (CPC, ART.741, PARÁGRAFO ÚNICO). In: Revista de Processo, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002.

WAIBER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O DOGMA DA COISA JULGADA: HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇA INCONSTITUCIONAIS. In: DIDIER JR., Fred. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006.

A RESPOSTA DO RÉU NO NOVO CPC: A OPÇÃO POR UMA SUPERCONTESTAÇÃO

The response of the defendant in new civil procedure code: the option for a super contestation

Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos
Advogada. Bancária na Caixa Econômica Federal. Formada em Economia pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Formada em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO. Pós-Graduanda em Direito do Consumidor pela Faculdade Estácio.
Pós-Graduanda em Processo Civil pela Uninter/FAP.

Vinicius Silva Lemos
Advogado. Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil da Faculdade de Rondônia - FARO. Coordenador da Pós- Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC.

RESUMO: Este artigo tem o propósito de apresentar um estudo sobre a contestação no novo código de processo civil. A ampliação deste instituto, o seu novo conceito, finalidade e aplicabilidade diante dos aspectos do novo ordenamento. Realiza-se, também, a análise do instituto com todos os incidentes que, outrora, eram apartados e que, agora, são insertos na contestação e as consequências processuais dessa mudança.

PALAVRA-CHAVE: DEFESA DO RÉU, CONTESTAÇÃO, INCIDENTES.

ABSTRACT: This article has the purpose of presenting a study on the contestation in the new code of civil procedure. The extension of this institute, your new concept, purpose and applicability to the aspects of new developments. It is, also, the analysis of the institute with all incidents that were once separated and who are now in the inserts contestation and the procedural consequences of this change.

KEYWORD: DEFENSE OF THE DEFENDANT, CONTESTATION, INCIDENTS.

1. INTRODUÇÃO

Diante da nova sistemática processual proposta pelo CPC/2015, a palavra adequação é a chave para estes novos tempos procedimentais para que as novidades e alterações sejam compreendidas, desde seu intuito nascedouro, passando pelo viés acadêmico e tendo, como destinatário final, o cotidiano forense.

Dentre tantas inovações, este estudo analisa o instituto da contestação proposta pelo novel ordenamento processual, visando ao entendimento de todas as mudanças positivadas, bem como delineando a inserção de todos os incidentes, anteriormente apartados, como insertos desse instituto, neste momento processual.

O intuito passa pelo entendimento das novas nuances da contestação no CPC/2015, principalmente ancorada como única peça processual de resposta do réu no processo de conhecimento, a principal das alterações e pormenorizando todos os demais pontos que também sobrevieram como novidades.

2. A CONTESTAÇÃO COMO ÚNICA RESPOSTA DO RÉU

Após a audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC/2015, com resultado infrutífero, inaugura-se o prazo para a apresentação da defesa pelo réu, no processo de conhecimento. Ou seja, o prazo para a defesa começa, em regra, a partir deste momento.

O momento da defesa do réu é o mais importante, dentro da fase postulatória, para a manifestação dos argumentos contrapostos ao alegado pelo autor, criando uma linha argumentativa defensiva fática e juridicamente.

A fase processual contestatória é imbuída de um ônus processual e material argumentativo pelo réu, no qual exerce seu direito de defesa, contrapondo-se ao direito de ação do autor, para buscar a tutela jurisdicional relativa à inicial, seja mediante argumentos processuais ou meritórios[1].

O primeiro impacto pertinente à contestação, nos moldes do CPC/2015, passa pela interligação atinente à visualização desta como a única resposta do réu, deixando de ser uma espécie desta, para ser o meio de defesa a ser apresentado pelo réu. Antes, no CPC/1973, as respostas do réu estavam organizadas em três espécies, colocando, juntamente à contestação, as possibilidades da exceção e reconvenção. Nesta nova forma processual, a contestação é a única espécie processual de resposta do réu.

Não há mais a exceção como forma de resposta do réu (a sua existência permanece como simples alegação de qualquer das partes sobre a suspeição e impedimento) e a reconvenção passa a ser interna da contestação – como veremos minuciosamente mais à frente, não sendo, em princípio, uma forma de resposta autônoma.

O legislador teve a sapiência de engrandecer ainda mais a contestação como a resposta do réu, até pelo fato de que "sempre foi considerada a peça de defesa por excelência, por veicular a defesa de mérito[2]".

Não há, de modo geral, um prejuízo material, tampouco processual, na concentração de todas as alegações em um só ato, com a inserção de todas as alegações – meritórias, processuais e incidentais – para o momento da contestação. De certa maneira, o processo fica mais simplificado[3], na busca por uma concentração de atos, apesar de que a contestação em si passa a ser um ato maior, com um significado ainda mais potente, pela quantidade de matérias que o novel código inseriu como possíveis nesta peça.

Ultrapassada a novidade da transformação da contestação na única espécie de resposta do réu, outras também são inerentes ao momento da defesa, com a alteração de diversos pontos postulatórios em relação ao CPC/73 e a legislação anterior. Mudanças pertinentes e bruscas, como a extinção dos

1 - "A contestação está para o réu como a petição inicial está para o autor. Trata-se do instrumento de exceção exercida (exercício do direito de defesa), assim como a petição inicial é o instrumento da demanda (ação exercida). É pela contestação que o réu apresenta a sua defesa." DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17 ed. Salvador. JusPodivm. 2015 p. 637.

2 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015. p. 574.

3 - "O NCPC trouxe mudanças em relação à resposta do réu, todas voltadas à uniformização da forma de veiculação das matérias de defesa e à simplificação do processo. A primeira delas foi, praticamente, transformar a contestação na única peça de defesa, concentrando nela as postulações do réu." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015. p. 574.

incidentes como: impugnação ao valor da causa, impugnação à concessão do benefício da justiça gratuita e alegação de incompetência relativa. Todas estas alegações foram insertas ao momento da apresentação da contestação, sem nenhum incidente apartado, com intuito destes incidentes serem meramente materiais, sem a criação de procedimentos em paralelo. Um novo modelo de concentração da resposta do réu.

Outras inovações existentes no CPC/2015 no tocante à contestação estão nas peculiaridades inerentes às alegações de incompetência – relativa ou absoluta – e à ilegitimidade passiva, com detalhes e procedimentos novos e diferentes, apesar de sempre estarem envoltos processualmente à peça da contestação.

2.1 O prazo da contestação e sua contagem

O art. 335 do CPC/2015 dispõe que a contestação deve ser apresentada por via de petição, estipulando, desde já, as maneiras de contagem de prazo para tal desiderato:

> "I. da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; II. do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I; III. prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos."

Houve, então, uma mudança conceitual de como se inicia a fase postulatória conteste, com a disposição de que, em regra, a citação não guarda relação direta com o início do prazo de defesa. O CPC/2015 primou por uma fase conciliatória quase obrigatória[4] entre o deferimento da inicial e o início do prazo para a contestação, inserindo, ali, uma audiência de conciliação ou mediação, com o intuito, antes de o réu postular, das partes poderem se encontrar em uma tentativa de conciliação.

Dessa maneira, se houver a audiência de conciliação ou mediação e ela não for exitosa, seja - mesmo com o comparecimento das partes - por não lograr nenhum acordo ou por uma ou ambas as partes deixarem de comparecer, o início do prazo para a apresentação da contestação será posterior a este momento, constando esta como marco inicial a sua realização. A partir dali que se inicia o prazo de 15 dias para o oferecimento da contestação.

4 - Comentário: a princípio do CPC/2015 coloca a audiência como possibilidade, já que as partes podem, expressamente, declinar de sua realização, contudo há a necessidade de que ambos o façam, fato pelo qual existe uma certa dificuldade de que não tenha a audiência.

Essa é a regra imaginada pelo CPC/2015, com a construção de uma nova óptica processual, primando para uma alteração na fase de tentativa conciliatória, deslocando-a para antes da contestação, na tentativa louvável de valorizar os modos alternativos de resolução de conflitos e, talvez, processualmente, que nem seja necessária a apresentação de uma contestação.

O réu, ao ser citado, em regra, não se preocupa mais, imediatamente, com a defesa, já que esta somente será realizada em caso de infrutífera a tentativa de conciliação ou mediação. A atenção processual, dessa maneira, volta-se, *a prior*i, para a apresentação da contestação com o fracasso na audiência, uma mudança procedimental, com a inversão dos momentos, com o intuito de somente abrir a opção para o réu postular, quando não se tem possibilidade de acordo, retirando o intuito do CPC/73, que a audiência preliminar – ou de conciliação – fosse prevista após a fase postulatória, quando as partes já se armaram processual e materialmente.

Evidentemente que esta não é a única maneira de se iniciar o prazo da contestação no CPC/2015. Esta é a regra, mas existem, naturalmente, as opções para situações processualmente diversas.

Outra opção de início de contagem do prazo para a contestação é a situação em que o autor não queira a audiência de conciliação ou mediação – expressamente já optado por isso na inicial – e, de igual forma, o réu - também não querendo – pode apresentar uma petição de desistência da audiência de conciliação ou mediação, manifestando-se sobre a ineficácia ou a impossibilidade de um acordo, contando, para fins do prazo da contestação, o protocolo deste pedido. A própria parte terá o controle de seu prazo, pois foi quem realizou o protocolo. O prazo, então, será de 15 dias úteis contados do dia, também útil, posterior ao protocolo do referido pedido.

O derradeiro modo de início do prazo para a contestação, de maneira excepcional, somente ocorre se a demanda, em seu objeto, não contiver meios para a conciliação, não sendo passível de autocomposição, conforme previsto no artigo 334, §4°, inciso II, do CPC/2015, e, por conseguinte, o juízo não marcará a audiência, determinando, desde logo, a citação do réu para apresentar a contestação. Se compararmos com o CPC/73, será a citação para a contestação, contados da juntada do mandado/carta que consta o recebimento da contrafé; contudo notório pensar que a regra de outrora é a exceção do novo ordenamento.

Dessa maneira, essas são as três novas formas gerais de início da contagem de prazo para o oferecimento da contestação. Porém, temos, ainda, o caso de litisconsórcio passivo em que, ocorrendo a manifestação de todos quanto à desistência da audiência de conciliação ou mediação, cada litisconsorte terá o controle de seu prazo de contestação, sem relação com

os outros réus litisconsortes, contados a partir de seu respectivo protocolo de desistência.

2.2 O ônus da impugnação específica à inicial

No CPC/2015, permanece a mesma necessidade de impugnação de todos os fatos e argumentos apresentados na inicial, de forma específica, conforme a dicção do art. 336, que determina a contestação como o momento de expor "toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir."

Se a própria letra da lei, como visto acima, determina o ônus da apresentação de toda a matéria de defesa, impugnando os fatos e o direito que foram alegados pelo autor, há de se ter uma consequência fática ou material, em caso de ausência de impugnação de algum ponto específico[5], mesmo com a apresentação da contestação. Consequentemente, mesmo com a apresentação da defesa, se algum fato não foi devidamente rebatido, será tido como incontroverso ou não impugnado, com a possibilidade de presumir-se como verdadeiro.

Logo, a impugnação, no momento da defesa, deve ser tratada de maneira precisa e especificada, com a explanação de todas as espécies de defesas, sejam as processuais – direta ou indireta – ou meritórias, levando à lide todo o arcabouço argumentativo do réu, e encerrando ali, de certa maneira, a fase postulatória para a defesa. De todo modo, ao réu cabe observar, nestes pontos a serem tratados, o princípio da cooperação e o princípio da boa-fé processual.

Se o art. 336 imputa ao réu a necessidade de apresentar todos os argumentos fático-jurídicos na contestação, as consequências sobre a não impugnação dos fatos estão dispostas no art. 341, com a total possibilidade de presunção de veracidade neste caso. Evidente que há situações ressalvadas de presunção de veracidade quanto à ausência de impugnação: não for admissível, a seu respeito, a confissão; a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; e estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

5 - "Isso, por óbvio, se ele quiser afastar a procedência da ação processualizada para o caso de os fatos afirmados pelo autor (amparados pelos documentos juntados) serem suficientes para tal, em caso de serem julgados, pelo juiz, como verdadeiros (a considerar que a não apresentação de defesa é ônus e não dever." MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único**. 8ª. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p. 487.

2.3 A resposta do pedido possivelmente intrínseco

Um importante e pertinente cuidado que se tem ao tratar sobre a análise e impugnação sobre todos os pontos da petição inicial é a necessidade de considerar a possibilidade que ela contenha pedido intrínseco, ou seja, aquele que o juízo pode considerar como constante na petição inicial, ainda que não esteja exposto em tópico específico de pedidos na petição inicial, porém interpretável considerando o conjunto da postulação e observado o princípio da boa-fé, conforme disposto no art.322, § 2º do CPC/2015.

Esse ponto é uma verdadeira inovação[6]. O juízo pode interpretar o conjunto da postulação e não somente os tópicos dos pedidos. Desse modo, se houver um pedido intrínseco, no meio dos fatos e das argumentações, se houver ausência de má-fé, pode, dali, o juízo entender que há um pedido a ser respondido jurisdicionalmente.

A dúvida pertinente: o réu tem a obrigação de contestar esse pedido? Em uma primeira análise, entender-se-á que sim; contudo, há de se imaginar que essa interpretação é complexa e não deve imputar uma presunção de veracidade automática e sumária. Como imputar ao réu o ônus de impugnar algo que não se sabe se realmente é um pedido. E se o réu contestar algo que o autor nem imaginava que queria, somente passando a entender como possível por causa da contestação? Não há como imputar ao réu que sempre responda a este pedido intrínseco, já que como a própria semântica da palavra explica como algo interno a ser interpretado.

Obviamente que dependerá do caso em concreto e da visualização que se tem da petição inicial, de modo que quanto mais fácil de se visualizar este pedido, maior o ônus de se impugnar; todavia, entendo que o juízo deve, no momento do saneamento, delimitar se há algum pedido intrínseco, com a possibilidade de abrir prazo específico para a impugnação deste pedido, a fim de a que o réu tenha a ciência do que tem que impugnar, para que saiba, delineadamente o que contestar. Não há como imputar uma responsabilidade excessiva ao réu, mesmo coadunando com o princípio da cooperação e boa-fé, deve este saber o que tem de contestar, apesar de totalmente lícito retirar do conjunto postulatório um pedido ali interpretável, não há como colocar todo o ônus ao réu para que adivinhe ou interprete o que deve contestar.

6 - "O § 2º traz novidade no sentido de o pedido dever ser interpretado levando em consideração o conjunto da postulação e com observância do princípio da boa-fé. A ideia é a de que a compreensão e o alcance do pedido não fiquem necessariamente adstritos à parte final da petição inicial, mas que levem em conta o que justifica a sua formulação observando-se padrões objetivos de conduta. O CPC de 2015 abandona, com isso, a previsão expressa do art. 293 do CPC de 1973 de que os pedidos deviam ser interpretados restritivamente." BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª. Ed. revisado, atualizado e ampliado. São Paulo: Saraiva. p. 305/306.

Dessa maneira, se houver interpretação possível, o réu pode contestá-la, mas deve o juízo delimitá-la, concedendo prazo para que o réu especificamente responda-a, a qual, a partir desse momento, terá as mesmas consequências do art. 341.

3. A OPÇÃO PELA INCLUSÃO DE IMPUGNAÇÕES INCIDENTAIS NO BOJO DA CONTESTAÇÃO

O CPC/2015 buscou sintetizar todas as alegações processuais dentro do mesmo processo, retirando as possíveis alegações incidentais apartadas para dentro do mesmo procedimento, tornando-as incidentes somente materiais dentro daquela demanda, com a necessidade de decisão – interlocutória ou não – sobre estas, extinguindo-as como incidentes processuais.

A escolha do momento processual correto para estas alegações acabou por ser a contestação, quando for suscitado pelo réu, os quais veremos os desdobramentos de cada novidade.

3.1 A transferência da alegação de incompetência relativa para a contestação

A alegação de incompetência é uma das preliminares mais importantes, já que o intuito que se busca é argumentar que àquele juízo não compete julgar a sua demanda, com a necessidade de declínio da competência para aquele que entende como competente para aquela demanda. Será, na contestação, o momento para a alegação de incompetência – absoluta ou relativa[7].

No CPC/73, a preliminar de contestação já era o momento para se alegar a incompetência absoluta, com a demonstração de que compete àquele juízo a especialidade material daquele objeto discutido na demanda ou, ainda, pela pessoa em juízo, que a lei prevê que deva ser em um determinado órgão judicial. Quaisquer destas alegações primam por pleitear o declínio daquela competência por ser absolutamente incompetente. O momento processual desta alegação já era possível, desde logo, na contestação pelo réu por ser matéria de ordem pública, podendo ser alegada a qualquer tempo, o que o art. 64[8] do CPC/2015 manteve de maneira idêntica. Então, não havia óbice, para

7 - "Se alegar incompetência do juízo em que tramita o processo, o réu deverá indicar aquele que entende por competente. Se a incompetência for relativa e o réu não indicar aquele que entende como sendo, a firmação será e os autos permanecerão perante o juízo originário.Se a alegação for de incompetência absoluta, mesmo que o réu não indique aquele que entende ser competente, o juiz poderá (até porque pode agir de ofício) reconhecer do órgão e remeter para aquele que julgue ter aptidão." MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único**. 8ª. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p. 484.

8 - Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

o réu, em alegar no primeiro momento postulatório[9].

Desse modo, no novel ordenamento, a incompetência absoluta continua a ter a possibilidade de alegação no mesmo momento – a contestação – com as mesmas consequências processuais e, ainda, possibilidade de se alegar posteriormente. Não há, portanto, nenhuma novidade de alegação em incompetência absoluta.

Por outro lado, na incompetência relativa, temos uma total novidade, com a extinção da exceção com a alegação desta matéria como peça autônoma, trazendo-a como inserta à contestação, como forma de suscitação preliminar desta. Esta espécie de alegação de incompetência passa pela territorialidade, com a visão de que aquele juízo, mediante a distribuição judiciária e o objeto daquela lide, não é o juízo competente territorialmente para fazê-lo, pela transação, contrato ou direito impor uma localidade diferente. Não há alegação, nesta espécie de incompetência, de impossibilidade de julgamento pessoal ou materialmente, mas de que há um juízo igualmente competente na matéria ou na pessoa em juízo, contudo que sua competência coaduna com o objeto posto em juízo, com a necessidade do declínio de competência para tanto.

No CPC/73, como já vimos, esta alegação era realizada em peça autônoma, como uma espécie diferente de resposta do réu, denominada exceção, a qual foi extinta com a nova lei processual, estipulando que o momento correto deve ser como preliminar de contestação, de modo idêntico à estipulada para a alegação absoluta. Não há, portanto, diferença no momento de alegação entre as espécies de incompetências, seja ela absoluta ou relativa; somente com a diferença de que a absoluta não guarda a preclusão, já que é matéria de ordem pública, possibilitando ser suscitada posteriormente, enquanto que a relativa tem relação formato preclusivo, no qual ocorrerá a prorrogação[10] da competência caso não seja, neste momento, alegada.

---

§ 1o A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício. § 2o Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência. § 3o Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente. § 4o Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

9 - Enunciado n. 238 do FPPC: O aproveitamento dos efeitos de decisão proferida por juízo incompetente aplica-se tanto à competência absoluta quanto à relativa.

10 - "Havendo para uma determinada situação uma regra modificadora da competência, o órgão jurisdicional que era abstratamente incompetente poderá no caso concreto se tornar competente, enquanto aquele apontado como competente pela regra determinadora tornar-se-á concretamente incompetente. Além disso, a prorrogação também se aplicará na consolidação de um órgão jurisdicional competente para o julgamento de diversos processos que antes da prorrogação competiam a outros órgãos jurisdicionais, como ocorre na reunião de processos em virtude da conexão." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/201***5*. São Paulo: Método, 2015. p. 323

3.1.1 A distribuição da contestação: uma novidade na alegação de incompetência

Existe uma grande novidade pragmática no procedimento da apresentação da contestação quando houver, pelo réu, a alegação de incompetência, seja a relativa ou a absoluta; se entender como pertinente, pode optar por protocolar a contestação no juízo que entender como competente, o que gera uma estranheza processual possível: a distribuição da contestação.

Com este protocolo, somente da contestação, sem uma inicial naquela comarca ou juízo, esta deve ser distribuída, com a escolha de juízo – dentre aqueles que o réu entende como competente – que, ao receber a contestação, deve, de pronto, proceder à informação ao juízo da causa, por e-mail. É interessante e seguro, por cautela processual, que o réu também o faça, via petição ao juízo da causa ao qual foi citado.

Esse procedimento está regulamentado pelo art. 340, com a necessidade do juízo que recebeu a contestação proferir uma decisão sobre a sua competência. Em caso de declínio da competência, este remete os autos para a ação já existente, naquele órgão que já detém a inicial, prosseguindo por lá esta demanda. O prazo do protocolo da contestação será o inerente aquele realizado na vara que o réu entendia ser competente.

Por outro lado, se o juízo que recebeu a contestação entender-se como o competente para a demanda, decide por avocar os autos, com a informação para o juízo originário sobre esta decisão. Com o recebimento desta informação, este juízo – que originalmente teve a inicial distribuída – deve decidir, podendo - se entender que realmente aquele que recebeu a distribuição da contestação é o correto - declinar da competência e remeter os autos para aquele juízo.

Todavia, se o juízo que recebeu a inicial entender que é o competente – absoluta ou relativamente -, há aqui um conflito positivo de competência, devendo este suscitá-lo ao tribunal competente.

Enquanto esse imbróglio processual sobre a competência não se resolve, não há, aqui, meios de continuar com o processo, com a necessidade da suspensão de eventual audiência e demais atos até a resolução, os quais serão remarcados após a decisão sobre tal desiderato.

O intuito desta inovação pela distribuição da contestação passa por possibilitar ao réu que o juízo que entende como competente possa decidir se concorda ou não com esta alegação, não ficando somente com a decisão daquele que a inicial foi distribuída. Em um prisma processual em que a decisão de incompetência não se enquadra no rol das agraváveis por instrumento, a saída foi permitir que o réu possa se valer do juízo que entende como competente

para opinar/decidir sobre a matéria, não restando somente naquele na qual foi distribuída a inicial.

3.2 A impugnação ao valor da causa como preliminar processual da contestação

Ao tratar sobre a matéria do valor da causa[11], o CPC/2015, por meio do artigo 292[12] e seus incisos, nos traz algumas novidades em relação ao CPC/1973 como, por exemplo, a necessidade de inclusão do valor pretendido nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, ou mesmo a inclusão expressa da reconvenção no *caput* do referido artigo.

De igual forma, o art. 293 também trouxe significativas alterações quanto à forma de impugnação ao valor da causa. Enquanto, no CPC/73, este procedimento, embora realizado no prazo da contestação, era processado mediante incidente processual, em peça apartada, autuada e apensada junto ao processo principal, com o advento do CPC/2015, este procedimento foi simplificado, passando a impugnação do valor da causa a ser arguida por intermédio de preliminar processual da contestação.

Sai um procedimento específico e autônomo processualmente, pouco utilizado pela sua complexidade, para inserir como uma matéria incidental na contestação, o que deve facilitar a utilização processual de tal ferramenta e verificar-se maior incidência nos processos que vierem a ser contestados na vigência do novo ordenamento. Ao inserir como matéria a ser alegada no corpo da defesa, certamente há uma facilidade que deve ser explorada com maior incidência e ênfase.

Há de se ressaltar, ainda, que a ausência de arguição de impugnação ao valor da causa nas preliminares de contestação, incorrerá na preclusão desta matéria. Ou seja, não somente é o momento correto para tal desiderato, bem como a ausência desta significa que o réu consente com o valor atribuído à causa pelo autor.

11 - "O art. 291 do Novo CPC estabelece que "a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível". Desse modo, ainda que o bem material objeto da pretensão do autor não tenha um valor economicamente aferível, é necessária a indicação de valor à causa, ainda que seja calculado de forma meramente estimativa." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/201***5*. São Paulo: Método, 2015. p.770

12 - Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação; II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida; III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor; IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido; V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor; VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

Por outro lado, caso ocorra a arguição e o juízo decida, após o devido contraditório, por acatar o pedido de impugnação do valor da causa, este será corrigido, com a devida intimação do autor, para complementação das custas anteriormente recolhidas, se o valor decidido judicialmente for a maior. No entanto, não há previsão sobre devolução de valores pagos a maior; contudo não vejo óbice no pedido neste sentido.

3.3 A inclusão na contestação da impugnação à concessão indevida do benefício da justiça gratuita ao autor

O pedido da concessão do benefício da justiça gratuita[13] era baseado na Lei n. 1.060/50; agora, esta matéria está regulamentada a partir do art. 98 do CPC/2015, sem a necessidade de utilizar-se a lei específica, até pela revogação dos seus dispositivos sobre a esfera cível.

Uma vez pleiteado, na inicial, e concedido o pedido de tal benefício pelo juízo, ao réu cabe, se entender pertinente, a impugnação à concessão indevida do benefício da justiça gratuita, a qual terá o momento de alegação processual de maneira inserta na contestação. Nos moldes anteriores, arguia-se a forma indevida da referida concessão por meio de peça específica e autuada em apartado ao processo principal.

A partir da vigência do CPC/2015, esta arguição passa a ser realizada mediante preliminar de contestação, possibilitando, assim, a abertura de um tópico em que serão apresentados os argumentos quanto à capacidade financeira do autor, bem como oferecendo o pedido de impugnação à gratuidade deferida ao autor[14], configurando o art. 100 como mais um exemplo de opção pela inclusão de impugnação incidental no bojo da contestação, além de trazer a questão da justiça gratuita ao CPC/2015.

Com a arguição realizada na contestação, com o contraditório existente pela réplica, o juízo deve decidir pela manutenção ou não deste benefício na decisão de saneamento, optando pela manutenção de tal concessão ou, se for pertinente, da revogação desta. Somente caberá agravo de instrumento da decisão que indeferir o pleito pela concessão ou daquela que revogá-la.

A contestação é o momento, ainda, por meio do art. 99, possível para o réu realizar, caso seja necessário, seu requerimento para concessão do benefício da justiça gratuita.

13 - "benefício da justiça é, como dito, a dispensa do adiantamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita." DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 24

14 - "Incumbe àquele que impugna o deferimento do benefício o ônus de provar que o benefício não fazia jus à dispensa ou que deixou de fazê-lo com o passar do tempo." DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 85

O legislador reforçou que a concessão deste benefício deve ser desamarrada de comprovações, com a presunção de veracidade[15], como disposto no art. 99, § 3º, se a alegação de insuficiência for deduzida exclusivamente por pessoa natural. Se, por um lado, a concessão deve ser facilitada, corroborando com o entendimento da doutrina e, indo de encontro à boa parte da jurisprudência, a revogação passa a ser facilitada, com a existência de um caminho mais fácil, descomplicado e célere, o que torna sua alegação mais plausível diante do cotidiano das demandas.

3.4 A nova forma de alegação de ilegitimidade passiva

Outra novidade, nas alegações preliminares na contestação, corresponde aos procedimentos para alegação de ilegitimidade passiva, que, conforme orientações contidas nos art. 338 e 339[16], além do dever em ser arguida em preliminar de contestação, deve conter a indicação daquele que seja o real legítimo passivo daquela demanda, ou, aquele que o réu entende como provável legítimo[17].

Neste ponto, verificamos a inovação trazida pelo *caput* do art. 339, ao dispor que, além de alegar sua ilegitimidade passiva, incumbirá ao réu, ainda, indicar ao juízo, sempre que tiver conhecimento, o sujeito passivo legítimo para figurar a relação jurídica discutida, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação. É a plena manifestação do princípio da cooperação, imputando ao réu, sempre que souber quem deve ser o réu legítimo, que o faça em sua defesa. Não basta somente alegar que não é interligado ou responsável com o objeto daquela demanda, deve indicar quem deveria estar em seu lugar no polo passivo.

Evidentemente que, apesar de ser uma obrigação, se o réu realmente não souber quem é o indivíduo que deveria lhe substituir na condição passiva

15 - "Assim, à pessoa natural basta a mera alegação de insuficiência de recursos, sendo desnecessária a produção de provas da hipossuficiência financeira. A alegação presume-se verdadeira, admitindo-se, contudo, que cesse por prova em contrário produzida pela parte adversa ou em razão de investigação feita de ofício pelo juiz." SILVA, Ticiano Alves e. **O beneficiário da gratuidade da justiça no novo cpc**. http://portalprocessual.com/o-beneficiario-da-gratuidade-da-justica-no-novo-cpc/ - Acessado dia 22 de junho de 2016.

16 - Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

17 - "São casos em que, pelas circunstâncias do caso, o réu tem conhecimento de quem seja o legitimado passivo (art. 339, caput, CPC)." DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17 ed. Salvador. JusPodivm. 2015., p. 647.

da demanda, deve, fundamentadamente[18], explicitar isto na sua contestação, sob pena, como já visto, de sanções.

A alegação da ilegitimidade passiva ganhou, portanto, um novo realce e requisito: a necessidade de imputar-se quem deve estar em seu lugar[19]. Quando o réu realizar tal alegação, com a devida indicação, o art. 338 preconiza que o juízo facultará ao autor realizar a alteração na petição inicial para substituição do réu, no prazo de 15 dias.

Entendo que o momento correto para o exercício de tal faculdade pelo autor deve ser na réplica à contestação, quando houver. Se a contestação não se enquadrar em nenhuma outra hipótese que enseje a possibilidade da réplica, deve ser oportunizado o prazo somente para tal manifestação.

O autor, diante de tal alegação, tem três opções para escolher: manter o réu que alega a ilegitimidade na lide; acolher a sugestão do réu, substituindo-o pelo indicado, com a prolação de uma decisão de extinção parcial, somente em relação àquele réu originário; optar pela formação de um litisconsórcio passivo, com a manutenção do réu originário e a inclusão do indicado como novo réu.

Uma vez realizada a escolha, de acordo com a vontade do autor, o juízo deve acatar[20] o que foi decidido e o prosseguimento nestes termos, com a

18 - "O réu que alegar sua ilegitimidade mas deixar, injustificadamente de apontar quem seria a parte legítima para compor o polo passivo da lide, além de não ter suas despesas reembolsadas, será obrigado a indenizar o autor pelo prejuízo decorrente da falta de indicação." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015., p.593

19 - "Se houver a alegação de ilegitimidade passiva, é dever do réu, de acordo com o artigo 338, indicar qual seria o verdadeiro réu para estar naquela demanda. Evidente que somente há de se cobrar do réu essa imputação, se for nítido ou facilmente verificável que o atual réu tem como saber quem é o verdadeiro responsável pelo conflito de interesses. Sem essa ciência sobre a questão, não há como imputar essa responsabilidade ao réu quando fizer a alegação de ilegitimidade. Evidente que se réu escolhe pela ilegitimidade, se não souber quem seria o possível réu a ser indicado, deve fundamentar a impossibilidade de ciência de tal desiderato. Não há como simplesmente alegar a ilegitimidade passiva, sem imputar o indivíduo que deveria responder como réu ou não alegar a impossibilidade de ter conhecimento de quem seria o réu a ser citado no processo." LEMOS, Vinicius Silva. A Extinção da Nomeação à Autoria como Intervenção de Terceiro e a Nova Forma Procedimental de Correção do Polo Passivo. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). **Coleção Novo Cpc - Doutrina Selecionada - Parte Geral**. 2aed.Salvador - BA: JusPODIVM, 2016, v. 1, p. 1235-1251. p. 1.241/1.242

20 - "Dessa forma, retirou-se do juiz o encargo da decisão judicial para a questão, com a facilidade processual de colocar como faculdade do autor para o próximo passo processual, com uma amplitude de possibilidades e com consequências futuras. Sem liberdade decisória, se o autor escolher por qualquer das opções, o juiz percorre esse caminho, com a formatação processual conforme a imaginada como adequada pelo autor. Sem uma decisão livre sobre a entrada ou não do terceiro indicado pelo réu como o legitimado para responder aquela demanda, esta fase passa a ser um mero procedimento de correção processual, sem enquadrar-se no rol das intervenções de terceiro. Todos os institutos intitulados desta forma são precedidos de uma decisão judicial fundamentada com a admissão ou inadmissão da inclusão do terceiro à lide." LEMOS, Vinicius Silva. A Extinção da Nomeação à Autoria como Intervenção de Terceiro e a Nova Forma Procedimental de Correção do Polo Passivo. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). **Coleção Novo Cpc - Doutrina Selecionada - Parte Geral**. 2aed.Salvador - BA: JusPODIVM, 2016, v. 1, p. 1235-1251. p. 1.241/1.242

ciência de que o exercício da faculdade pelo autor de maneira incorreta pode gerar mais adiante uma sentença de extinção ou uma sucumbência maior em relação a uma das partes.

De todo modo, a possibilidade da correição do polo passivo no meio da demanda é uma manifestação do princípio da primazia ao julgamento de mérito, com o intuito de aproveitar-se ao extremo aquele processo, tergiversando formalidades para possibilitar a correição de atos e partes para uma melhor prestação jurisdicional.

3.5 A alegação da prejudicial de mérito e a coisa julgada incidental

De igual maneira, também em preliminares, pode o réu alegar as prejudiciais de mérito[21], matérias que são incidentais à demanda, mas que influenciam e impactam de sobremaneira o processo em seu mérito, não podendo deixar de serem analisadas.

Estas alegações não são o mérito do processo, mas guardam total interligação com este, prejudicando a análise de fundo enquanto não sobrevier a incidental. E a importância dessa alegação é enorme, justamente por ter o CPC/2015 a alterado, neste ponto, a formação da coisa julgada, com a ampliação para esta questão prejudicial discutida no processo.

Diferentemente do que o CPC/73 determinava com somente a parte dispositiva alcançada pela coisa julgada, há, no CPC/2015, uma ampliação para a fundamentação, quando esta resolver questão incidental. O que for alegado na contestação, ainda que de forma incidental e influenciante ao mérito, tem o condão, agora, de fazer coisa julgada material, desde que cumpra os requisitos legais previstos no art. 503, § 1º, que são: dessa resolução depender o julgamento do mérito; a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Essa alteração é pertinente para que as decisões sobre questões incidentais, as quais não são o mérito, mas que delas dependem a resolução deste, possam, de igual forma, transitar em julgado, tornando-se, também,

21 - *"Prejudiciais*, por seu turno, são questões (de direito material ou processual) que influenciam a resolução do mérito. Não impedem nem postergam o exame do mérito, mas condicionam, de certo modo, o sentido no qual ele deve ser resolvido. Orientam, assim, o *modo de ser* (e não o *ser*) da questão principal. Trata-se a prejudicial, portanto, não de qualquer questão prévia, mas apenas daquela que se caracterizar como um antecedente *lógico* e verdadeiramente *necessário* à solução do mérito (*v.g.,* definição sobre a *paternidade*, em caso de "ação de alimentos", ou sobre a *validade* do contrato,em demanda condenatória ao cumprimento de obrigação contratual)." REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67. p. 47.

imutável[22]. Evidente que, como vimos acima, depende de influenciar diretamente o julgamento de mérito, guardar a mesma competência daquele juízo entre ambas as matérias – incidental e de mérito – e, ainda, um contraditório prévio e efetivo[23].

Essa efetividade do contraditório é a possibilidade de manifestação, com a devida intimação para tanto, não necessariamente que a parte tenha que se manifestar.

3.6 A transformação da reconvenção em uma matéria interna da contestação

No CPC/2015, a reconvenção deixou de ser uma espécie de resposta do réu autônoma na fase postulatória no processo, passando a ser uma matéria de alegação interna da contestação. Sai a figura da reconvenção/resposta do réu e entra a reconvenção/argumentação do réu. Uma diferença para melhorar o rito processual e diminuir a complicação do andamento procedimental em caso da proposição da reconvenção.

Não há mudança no que seria, materialmente, a reconvenção, continuando a ser a possibilidade do réu, de acordo com o art. 343, propor, dentro daquela demanda da qual é réu, uma nova ação, sobre a qual guarda conexão com a ação principal ou com os fundamentos que arguiu na defesa.

A reconvenção é, portanto, uma ação dentro daquela originária, para que não haja uma nova demanda apartada. Já existia a reconvenção no CPC/73, somente com a diferença de que era oferecida como uma resposta do réu apartada, com protocolo conjunto à contestação, dentro da mesma demanda, mas com peças totalmente autônomas, com a tentativa de conduzir peças de dois processos em um só rito.

22 - "O novel diploma passou a permitir a formação de coisa julgada material inclusive sobre questões prejudiciais que não tenham sido objeto de pedido da parte. Em outras palavras, as questões prejudiciais ganham aptidão para se tornarem objeto de coisa julgada mesmo que não sejam transformadas em principais, desde que tenham sido expressamente debatidas pelas partes, apreciadas incidentalmente por juízo dotado de competência absoluta para resolvê-las (caso fossem apresentadas como questões principais) e inexistam restrições probatórias ou limitações à cognição para o aprofundamento do debate sobre dita questão." REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67. p. 49.

23 - "A extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental pressupõe que tenha havido contraditório prévio e efetivo sobre essa questão prejudicial (art. 503, §1º, II). É fundamental lembrar que o contraditório efetiva-se com a garantia de participação no processo e o poder de influência – o conjunto de direitos processuais que permitem que a parte convença o órgão julgador sobre a procedência de suas alegações." DIDIER JR, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015, p. 88

Ao pensar, o CPC/2015, na reconvenção somente como uma matéria inserta a contestação, o intuito passa por diminuir as peças processuais, em uma tentativa de simplificação do rito processual, apesar de não produzir esta simplicidade quanto à matéria. De certa maneira, o processo se torna mais fácil de entender, pela menor quantidade de peças, contudo, materialmente, as peças se tornam mais complexas.

Ao reconvir, o réu passa a também ser o autor da demanda, com um pedido que deve ser julgado, ensejando a necessidade de prosseguimento da demanda, mesmo se a principal contiver a desistência. Há, assim, uma independência entre a demanda inicial e a reconvenção interna da contestação.

Quanto à sentença, o CPC/2015 não mais dispõe quanto ao dever de que a reconvenção seja julgada junto a ação principal, como era disposto no CPC/73, em seu art. 318. Considera-se, então, a possibilidade de decisão parcial com ou sem mérito, inclusive sendo o indeferimento liminar da reconvenção uma das possibilidades de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

3.6.1 A contestação como uma peça de contra-ataque

Ao inserir a reconvenção como matéria de contestação, esta peça ganha uma forma dupla e diferente sendo, ao mesmo tempo, uma resposta às alegações contidas na inicial e, também, um contra-ataque, em que ora se defende, ora argumenta pedido, o que é uma grande novidade.

A contestação, dessa maneira, ao comportar também a matéria da reconvenção, muda a sua própria conceituação básica, deixando de ser somente a peça de defesa do réu, para ser um momento processual com uma amplitude maior de possibilidade, a qual, dentre elas, persiste a de contra-atacar, saindo daquela argumentação passiva negativa[24].

Na prática, a peça conteste se dividirá em dois momentos diversos: defesa e ataque. A apuração técnica da contestação deve ser bem mais aguçada no novel ordenamento, para delinear de maneira clara, o momento em que o réu se defende e, de igual maneira, bem delineado o momento em que passa a argumentar o ataque fático-jurídico.

24 - "O *caput* do art. 343 deixa claro que a iniciativa será feita na própria contestação (na mesma peça escrita/impressa ou arquivo digital) e não em petição avulsa, ainda que a reconvenção não pressuponha a apresentação da contestação (§ 6º)." BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª. Ed. revisado, atualizado e ampliado. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 327.

3.6.1.1 A novidade do pedido inicial incluso na contestação pelo seu novo formato reconvencional

Se a reconvenção é matéria interna, como já vimos, da contestação, após a sua devida exposição sobre os fatos conexos à ação principal e aumentados para a reconvenção, bem como a construção de uma argumentação jurídica própria. Todavia, a contestação não deve ter tão somente esta fundamentação exposta, mas, principalmente, a inserção de pedidos ativos, aqueles que colocam o réu na condição de autor desta parte reconvencional.

Sem o pedido de contra-ataque, não há a reconvenção, ainda que haja pela argumentação como acima exposto. Há a necessidade da existência clara de um pedido de reconvenção, sem o qual não se consegue retirar que daquela peça de contestação exista uma nova demanda, um novo pedido[25].

Mesmo que o réu não divida a sua peça em tópicos diferenciados sobre a defesa e o ataque, podendo, construir a sua argumentação conjuntamente, nos pedidos deve ter claramente essa diferenciação, entre aqueles passivos em resposta à inicial e aqueles ativos com a proposição de uma nova demanda.

3.6.1.2 A resposta da reconvenção passa a ser a réplica àcontestação

No CPC/2015, a resposta à reconvenção persiste a existir, porém, não será uma contestação, como d'antes, mas será, de igual forma, interna também da réplica à contestação, tendo esta, o prazo de 15 dias, sobre a qual também existirá a necessidade do autor, agora reconvindo, em responder ao alegado na contestação/reconvenção com ônus de impugnação específica.

Portanto, se a reconvenção deixa de ser uma peça autônoma de resposta do réu, a defesa do autor em relação a esta alegação deve ser realizada inserta na réplica à contestação, sendo, ao mesmo tempo, impugnativa ao que o réu se defendeu em relação da inicial, bem como contestatória ao que o réu alegou e pleiteou como autor da reconvenção. A réplica passa a ter dupla função quando houver a resposta à reconvenção.

3.6.2 A possibilidade autônoma de reconvenção

O art. 343 prevê que a reconvenção deve ser inserta na contestação, imaginando que o procedimento será mais célere e simplificado desta maneira, porém, há o único caso em que a reconvenção permanece a ser independente e

25 - Enunciado n.º 45 do FPPC: Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse nomen iuris, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial.

autônoma à contestação, o qual será quando o réu não oferecer a peça conteste, o que perfaz a possibilidade de termos uma peça meramente da reconvenção.

Somente nesta hipótese que o réu deve interpor em peça autônoma a reconvenção, pelo simples fato de que não há a contestação, levando a necessidade da argumentação da reconvenção em peça apartada, nem que seja, em termos de nomenclatura, chamada de contestação, mas com matéria somente de reconvenção.

O que não se pode proceder é o protocolo da reconvenção como uma peça separada da contestação, o que gera a preclusão consumativa com a interposição da primeira peça e, consequentemente, acarretaria a não aceitação da segunda peça, independente de qual foi a primeira e a segunda peça a ser protocolada.

3.6.3 A possibilidade de ampliar os polos na reconvenção

Outra novidade da alegação da reconvenção é a possibilidade de inclusão de terceiros, seja junto ao réu – aquela que reconvém – ou junto à autora – que sofre a reconvenção – criando, dessa forma, um litisconsórcio que não existia[26].

O intuito é não limitar a possibilidade de se pleitear e resolver todas as demandas entre as partes originárias, ainda que envolva outros atores que não estavam inseridos na demanda originária, não será pela falta destes terceiros na inicial que as matérias que necessitem da presença destes não possam ser arguidas e trazidas na reconvenção. Entretanto, este litisconsorte – seja ativo ou passivo na reconvenção – não alcança o pedido anterior formulado na inicial.

3.7 A alegação de convenção de arbitragem: uma manutenção indevida na contestação

A manutenção da alegação de convenção de arbitragem na peça de contestação é um assunto que tem gerado inúmeras criticas[27], as quais se

26 - "Assim, compete ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento de defesa (caput), sendo cabível a reconvenção em face do autor e de terceiro (§ 3º) e também que o réu litisconsorcie-se com terceiro para reconvir (§ 4º), Agindo o autor como substituto processual, a reconvenção deve ter como fundamento relação relacionada ao substituído, ainda que o autor mantenha o status de substituto processual para a reconvenção (§ 5º)" BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado.* 2ª. Ed. revisado, atualizado e ampliado. São Paulo: Saraiva.p. 327.

27 - "A existência de convenção de arbitragem deveria ser deduzida em petição autônoma, na audiência de conciliação ou mediação, ou, caso essa não viesse a ocorrer, no momento em que o réu manifestasse desinteresse em sua realização, ou, ainda, no prazo da contestação, caso a audiência não tenha sido designada por outra razão. Em todas essas hipóteses, essa petição teria o efeito de interromper o prazo

pautam em função de que não deveria ser a contestação o momento mais apropriado para tal desiderato.

A convenção de arbitragem persiste quando as partes firmaram um pacto compromissório de arbitragem, se uma delas intentar com a demanda em juízo, a outra, agora como ré, pode alegar a validade daquela cláusula contratual. O ônus da alegação da existência desta cláusula é do réu, no silêncio sobre a matéria na contestação, a competência está prorrogada automaticamente.

Com a visualização da convenção de arbitragem como uma espécie de negócio jurídico processual, a alegação desta matéria não deve ser notadamente na contestação, podendo ser alegada a qualquer momento, sobretudo anterior à própria, para que nem tenha a necessidade de contestar, já que, pela regra embutida no art. 190 – aquele que versa sobre os negócios jurídicos processuais, podem ser alegados durante o processo e, pode-se interpretar o durante, qualquer momento anterior à contestação também.

Dessa maneira, correta seria a inserção da possibilidade da alegação da convenção de arbitragem até a contestação, e, não somente na contestação. Um detalhe importante.

Ao prever que esta arguição seja alegada apenas nas preliminares de contestação, que possui seu prazo de interposição de 15 dias contados a partir da audiência de conciliação ou mediação, da última sessão de mediação ou do protocolo de pedido de cancelamento destas audiências pelo réu, este procedimento possibilita que, caso verificada a existência da convenção de arbitragem, o processo seja extinto sem resolução do mérito, mas que esta extinção ocorra somente meses após interposta a ação e, impondo a necessidade do réu se defender também do mérito, uma incongruência com o instituto da arbitragem.

3.8 A manutenção da alegação das demais preliminares

O réu, antes de entrar no mérito, pode realizar alegações preliminares, seja no intuito de defender-se com alegações de matérias processuais para a

para contestar (desde que instruída com a convenção de arbitragem), que voltaria a correr, por inteiro, somente após a intimação da decisão rejeitasse a alegação de convenção de arbitragem (evidentemente, pois, em caso de acolhimento, não haveria que se falar sequer em momento para contestar, com a extinção do processo sem resolução de mérito). Deste modo, evitar-se-ia que o réu fosse forçado a adiantar o mérito da matéria que pretendesse ver deduzida no juízo arbitral (meritum causae). Deveria ele apenas formular a petição autônoma, instruindo-a obrigatoriamente com o instrumento da convenção de arbitragem (sob pena de rejeição liminar, podendo, inclusive, vir a ser considerado revel, em caso de descumprimento dessa exigência), tecendo as razões que entendesse pertinentes, repita-se, apenas e tão somente com relação à competência do juízo arbitral, sem a necessidade de adentrar o mérito. O juiz, então, ouviria a parte contrária apenas quanto à alegação de convenção de arbitragem, decidindo a questão." RODOVALHO, Thiago. **CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem.** http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira Acessado dia 23 de junho de 2016.

regularização da demanda ou até para a extinção desta.

O rol de preliminares encontra-se, agora, no art. 337, no qual podemos observar que foram apenas ampliadas, mantendo-se todas as preliminares que já existiam no CPC/1973, mas inserindo novas possibilidades, abarcando questões que, outrora, não eram matéria de contestação, conforme as explanações anteriormente realizadas. Sobre as que foram mantidas, explanamos cada uma abaixo:

- **Inexistência ou nulidade da citação** – esta alegação perfaz a existência de um vício na citação que geraria a sua inexistência ou nulidade. Se o réu contestou, de certa forma, supriria esse vício, contudo é importante analisar essa possibilidade como uma alegação pertinente tanto para uma contestação protocolada a princípio fora do prazo, bem como para determinar-se corretamente a citação, para fins de data correta da citação, o que pode ter reflexo em liminares, multas, obrigações de fazer etc.
- **Inépcia da inicial –** sobre a inépcia, o réu pode, na contestação, alegar que a petição inicial contém algum dos vícios inerentes do artigo 330, § 1º[28].
- **Perempção –** esta hipótese acontece quando, por um mesmo objeto, o autor já demandou três vezes contra o réu, mesmo sem o julgamento de mérito, o que impossibilita que nova demanda – uma quarta ação – seja intentada pelo mesmo motivo. Nesta, se houver, pode ser alegada a perempção.
- **Litispendência e coisa julgada –** estas duas preliminares devem ser explicadas juntas, apesar de serem institutos separados e com alegações independentes. Entretanto, existe uma relação entre a alegação de litispendência e a coisa julgada. Ambas têm um conjunto explicativo idêntico, mudando somente o lapso temporal. O § 2º do art. 337, explica que "uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido", a diferença recai que a litispendência, como o § 3º explica, ocorre quando a ação está em curso, já a coisa julgada ocorre quando uma das ações já está decidida e transitada em julgado e a outra em curso, corroborada pela dicção do § 4º do mesmo artigo.
- **Conexão –** esta hipótese ocorre quando duas ou mais ações têm o mesmo objeto ou causa de pedir idênticas, mas com pedidos diferentes.

28 - Art. 330. (…) § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Qual seria a diferença para a litispendência? Nesta hipótese, não existe identidade de pedidos, mas somente dos fatos e objeto ali alegado, sobre os mesmos acontecimentos, mas com pedidos diferentes, porém com a mesma necessidade de uma decisão conjunta e no mesmo sentido da resolução fática. Não gera a extinção, somente a redistribuição de uma das ações para ser julgada em conjunto com a outra.

- **Incapacidade de parte, defeito de representação e falta de autorização –** essas hipóteses são aspectos de uma defesa processual, quando se aponta que o autor não tem capacidade para estar em juízo, ou que sua representação está com um defeito, uma falta de procuração ou com pedido fora dos poderes que se permite naquele ato ou, ainda, que não existe autorização legal para caso específico em que a lei assim determina, como no exemplo da falta de autorização de um cônjuge quando a ação versar sobre direito real inerente a ambos.
- **Falta de caução ou prestação que a lei exige –** em determinadas espécies de demanda, a lei exige que seja realizada uma caução para que seja possível a judicialização ou qualquer outra prestação, como, por exemplo, o depósito de prestações incontroversas, o que, não existente ou descumprida, pode ser um vício processual para o prosseguimento da demanda, plenamente alegável pelo réu.

Em regra, as matérias existentes no art. 337 são de ordem pública, podendo ser conhecidas e suscitadas pelo juízo, mesmo sem a alegação pelo réu, exceto a incompetência relativa e a convenção de arbitragem. Contudo, existe a necessidade do juízo, quando suscitar de forma oficiosa a matéria, que o faça propiciando às partes a manifestação, de acordo com o artigo 10º, e cumprindo um contraditório efetivo, substancial e influenciante.

3.9 As alegações de mérito

Como o próprio art. 336 preconiza, a contestação é o momento do réu construir e apresentar toda a sua defesa fática e jurídica[29]. Ultrapassadas as questões preliminares, quer sejam processuais ou prejudiciais, o réu deve defender-se no mérito, impugnando as questões da inicial com o ônus da

29 - "A redação do art. 336 é muito similar à do art. 300 do CPC de 1973, mas sua compreensão é bem diversa porque toda a matéria de defesa do réu deve ser realmente arguida em contestação. Isto porque o CPC de 2015 eliminou as exceções, a impugnação ao valor da causa e qualquer formalização para requerer ou impugnar benefício da justiça gratuita. Robustece o acerto desta afirmação o art. 337 e o extenso rol de preliminares nele referido." BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª. Ed. revisado, atualizado e ampliado. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 320.

impugnação específica dos fatos, como já vimos, e criando uma argumentação jurídica condizente para embasar a sua tese contrária àqueles elencados pelo autor em sua inicial.

3.9.1 O momento da alegação sobre fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor

O réu, em sua contestação, também pode apresentar um arcabouço fático diverso daquele que o autor trouxe ao conhecimento na demanda, não somente rebatendo a sua versão daqueles que já estão dispostos na inicial.

Dessa maneira, sobre os fatos, o réu deve apresentar a sua defesa sobre aqueles apresentados na inicial, com a sua versão, bem como pode apresentar novos fatos que primam por impedir, modificar ou extinguir o direito do autor. Estes últimos não constam do conjunto fático da demanda ainda, já que não foram apresentados pelo autor, o que necessita, pela argumentação do réu de comprovação.

Se o réu fundamenta sua defesa na existência de um fato diferente daqueles apresentados na inicial, contrariando o direito ali reivindicado pelo autor, deve realizar a prova de tal alegação fática, como, por exemplo, alega que realizou o pagamento da dívida numa ação de cobrança, imputando para si o ônus de provar tal fato, trazendo o comprovante ao processo.

Qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, quando alegado pelo réu, necessita de comprovação para que seja consideração, com ônus para qual o alega, mediante a dicção contida no art. 373, II[30].

3.9.2 O momento da argumentação dos precedentes pelo réu

Um dos assuntos mais pertinentes do CPC/2015 é a sistemática de precedentes judiciais, com a utilização do art. 926 e 927 como ancoradouro da base jurídico dessa teoria da decisão judicial. Muitas vezes, a decisão a ser proferida na sentença estará vinculada ao resultado, se houver identidade fático-material, de um precedente, principalmente de um tribunal superior, sobretudo em julgamentos por amostragem.

Existem, então, por força do art. 927, os precedentes vinculantes. Mas, não somente estes que servem para a utilização em uma demanda, sendo que toda decisão de um tribunal, principalmente, dos tribunais superiores, podendo ser também de um tribunal de segundo grau, podem ser utilizadas para a argumentação jurídica.

30 - Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Estes precedentes, porém, não têm uma vinculação com o juízo daquela demanda que está a ser contestada, podendo, no entanto, servir de base argumentativa persuasiva, com a demonstração de tendências hermenêuticas e decisórias sobre aquela matéria pelos tribunais.

Como o assunto deste trabalho é a contestação, qual a relação desta com o precedente? Os precedentes devem ser apresentados como base fundamental da construção jurídica da defesa logo na contestação, ainda mais os precedentes persuasivos, aqueles que o juízo não tem por questão legal o dever de se manifestar oficiosamente, somente iniciando este dever ao juízo, de acordo com o art. 489, § 1º, VI, quando uma das partes suscitar determinado precedente.

Se este precedente for obrigatório, mediante o rol apresentado no art. 927, o juízo já deveria confrontá-lo com a situação jurídica ali colocada, contudo os precedentes persuasivos somente guardam o dever de análise pelo juízo quando as partes os suscitam, o qual, para o réu, o momento ideal passa a ser na contestação, seja para a aplicação, distinção ou superação do precedente.

4. A opção legislativa processual por uma supercontestação

Com a nova sistemática da contestação, abarcando processual e materialmente diversos outros institutos que, no CPC/73, eram autônomos, a contestação ganha um espaço e importância ainda maior para o réu e para todo o processo.

A escolha por uma contestação com uma maior gama de alegações e a inclusão de todos os incidentes existentes é uma busca pela simplificação procedimental, de alegar-se tudo que se possa em uma só peça, em um momento único, com o intuito de diminuir o trâmite paralelo, ainda que não tenha, neste novo ordenamento, a retirada de nenhum dos institutos incidentais, somente a inserção de todos como possibilidade argumentativa e postulatória da contestação.

A mudança processual é imensa e pertinente, transformando, para o réu e o processo como um todo, o momento da contestação em algo ainda mais importante do que já era na sistemática processual civil brasileira. Contestar sempre foi a opção mais correta e abrangente para o exercício do seu direito de defesa, contudo muitas alegações defensivas, principalmente as defesas processuais, eram divididas em incidentes ou outras espécies de respostas do réu.

A ideia processual de concentração de todas as matérias defensivas na contestação torna o processo mais simples[31], contudo insere, neste momento, uma responsabilidade maior na peça de defesa, com uma gama de alternativas a serem utilizadas no mesmo instante, com a necessidade de uma organização redacional imensa para aquele instrumento processual defensivo.

Uma nova contestação, ou, simplesmente, uma supercontestação.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª. Ed. revisado, atualizado e ampliado. São Paulo: Saraiva. 2016.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17 ed. Salvador. JusPodivm. 2015.

_____. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015

LEMOS, Vinicius Silva. A Extinção da Nomeação à Autoria como Intervenção de Terceiro e a Nova Forma Procedimental de Correção do Polo Passivo. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). **Coleção Novo Cpc - Doutrina Selecionada - Parte Geral**. 2aed.Salvador - BA: JusPODIVM, 2016, v. 1, p. 1235-1251.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Resposta do réu no novo CPC: a boa ideia inspirada nos juizados especiais cíveis. **Revista do Advogado**. Ano XXXV, Agosto de 2015 n º. 127, AASP . São Paulo.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único**. 8ª. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/201***5*. São Paulo: Método, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos

31 - "A ideia chave do então Anteprojeto era reduzir complexidades meramente processuais, de modo que as partes, o juiz, os advogados pudessem concentrar seu foco no mérito da causa, na aplicação do Direito Material, reduzindo dúvidas, questionamentos e crises na aplicação da técnica." MACHADO, Marcelo Pacheco. Resposta do réu no novo CPC: a boa ideia inspirada nos juizados especiais cíveis. **Revista do Advogado**. Ano XXXV, Agosto de 2015 n º. 127, AASP . São Paulo. p. 68.

da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

RODOVALHO, Thiago. **CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem.** http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira Acessado dia 23 de junho de 2016.

SILVA, Ticiano Alves e. **O beneficiário da gratuidade da justiça no novo cpc**. http://portalprocessual.com/o-beneficiario-da-gratuidade-da-justica-no-novo-cpc/ - Acessado dia 22 de junho de 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015.

O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA NO CPC/2015

The sentence for implementation which recognizes the obligation to liability to pay certain amount by the Treasury in CPC/2015

Marco Aurélio Ventura Peixoto
Advogado da União, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, Sócio Fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro, Autor dos livros "Poder Regulamentar da Administração Pública" (Ed. Nossa Livraria, 2006) e "Tópicos de Processo Civil" (Ed. Nossa Livraria, 2008), Vice-Diretor e Professor Honorário da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes – ESA-OAB/PE, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Estácio do Recife, Secretário-Geral da Associação Nacional dos Advogados da União – ANAUNI.

Renata Cortez Vieira Peixoto
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (2007) e Especialista em Direito Processual Civil (2005) pela mesma Universidade. Graduada em Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Professora de Processo Civil da graduação do Centro Universitário Maurício de Nassau - UNINASSAU e de cursos de Pós-Graduação (UNINASSAU, Faculdade Estácio do Recife e FACESF). Professora da Escola Superior de Advocacia de Pernambuco - ESA-PE. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE. Palestrante. Idealizadora do site www.inteiroteor.com.br.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a análise das principais alterações advindas com o Novo Código de Processo Civil, em relação à execução de títulos judiciais que reconhecem a obrigação de pagar contra a Fazenda Pública. Desenvolve-se, inicialmente, uma análise das razões que justificam o regime diferenciado para a execução contra a Fazenda Pública, bem como a questão da inaplicabilidade do cumprimento de sentença no CPC/1973. Na sequência, passa-se a estudar as atuações do exequente e do magistrado no novo procedimento do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública no CPC/2015, bem como a tipologia e o procedimento das defesas da Fazenda Pública em tal fase, finalizando com a verificação da possibilidade de execução provisória nos títulos judiciais contra a Fazenda Pública.

ABSTRACT: This paper aims at the analysis of the main changes introduced with the new Civil Procedure Code, in relation to enforcement of securities that recognize the obligation to pay to the Treasury. It develops, initially, an analysis of the reasons justifying the differentiated regime for enforcement against the Treasury, as well as the question of compliance with judgment of unenforceability in CPC/1973. Following passes to study the actions of the creditor and the magistrate in the new procedure compliance with judgment against the Treasury in CPC/2015 as well as the type and the procedure of the defenses of the Treasury at that stage, ending with the check the possibility of provisional execution in legal bills against the Treasury.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as prerrogativas processuais inerentes à atuação da Fazenda Pública[1] em juízo, destaca-se o regime próprio das execuções para pagamento de quantia certa contra os entes que a compõem.

E não poderia ser diferente, tendo em conta as particularidades que envolvem as pessoas jurídicas de direito público, que não suportariam se submeter ao mesmo procedimento aplicável às execuções comuns.

Se a execução se caracteriza, basicamente, pela invasão legítima e forçada sobre o patrimônio do devedor, a fim de lhe retirar bens com o objetivo de fazer valer um direito pré-afirmado em título judicial ou extrajudicial, por

1- No presente artigo, entende-se que a expressão Fazenda Pública abrange: a) os entes da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); b) as autarquias e fundações públicas, exceto, quanto às primeiras, se exercerem atividade privada (econômica); c) as empresas públicas e as sociedades de economia mista, se desempenharem serviço público próprio do Estado; d) as agências reguladoras; e) os consórcios criados sob a forma de associações públicas; f) e os conselhos de fiscalização profissional.

inúmeras razões – mas notadamente por serem públicos os bens que compõem o acervo patrimonial da Fazenda Pública – não se poderia cogitar de sua apreensão, penhora e expropriação, com vistas à satisfação de seus credores.

Estão instalados nos bens pertencentes à Fazenda Pública não apenas os órgãos, mas também escolas, creches, postos de saúde, hospitais, delegacias, dentre outros, de modo que a própria continuidade dos serviços públicos disponibilizados à população restaria ameaçada caso houvesse a sujeição ao rito comum das execuções.

No entanto, ainda que se considere o interesse público como elemento justificador de um regime diferenciado para as execuções contra a Fazenda Pública, não são poucas as críticas advindas dos mais diversos setores em relação a tal prerrogativa. A maioria das críticas reside exatamente no regime de pagamento dos débitos judiciais da Fazenda Pública, feito mediante precatórios, conforme prescrição do art. 100 da Constituição Federal, e que geram, não raras vezes, um atraso ainda maior na efetiva prestação jurisdicional.

A execução contra a Fazenda Pública, prevista no Código de Processo Civil de 1973 em seus arts. 730 e 731, não restou esquecida no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

Em tal Projeto, dita espécie de execução continuará com regime próprio e diferenciado, mas há algumas modificações pontuais importantes, notadamente no tocante à efetivação dos títulos judiciais, que não mais se fará por meio de processo autônomo, mas mediante cumprimento de sentença, como etapa posterior ao término da fase de conhecimento.

Buscar-se-á, portanto, no artigo presente, discorrer sobre os aspectos atinentes ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, discutindo-se as questões doutrinárias e jurisprudenciais relevantes sobre o tema e, fundamentalmente, analisando-se o cenário que se desenha com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

2. RAZÕES JUSTIFICADORAS DO REGIME PRÓPRIO E DIFERENCIADO PARA A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

A Constituição Federal de 1969 já apresentava previsão específica para os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em seus variados níveis, nos termos abaixo:

> *Art. 117. Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.*
>
> *§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até primeiro de julho.*
>
> *§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Caberá ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, ouvido o chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.*

Não foi diferente a preocupação do constituinte de 1988. No texto atual, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública devem se limitar ao teto previsto nos respectivos orçamentos aprovados pelo Poder Legislativo. Desse modo, tais débitos somente podem ser saldados se o montante devido estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão. Assim, a Constituição Federal de 1988 estatuiu dita prescrição no art. 100, de modo ainda mais específico.

Evidentemente, em atenção ao mandamento constitucional, existente, como visto, já na Constituição anterior, o legislador processual precisava estabelecer, como de fato o fez, regime próprio e diferenciado para as execuções movidas contra a Fazenda Pública. E isso restou tratado nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil de 1973[2], assim como nos arts. 531 e 532 do novo CPC, que serão mais adiante tratados.

As regras próprias indicadas na legislação processual para a execução contra a Fazenda Pública decorrem de sua situação peculiar, pondo-se em relevo, nos dizeres de Leonardo Carneiro da Cunha, a própria instrumentalidade do processo, na medida em que as exigências de direito material na disciplina das relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública influenciam e ditam as regras processuais[3].

2 - Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:
I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;
II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.
Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

3 - CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 321.

Aponta-se, portanto, a causa desse procedimento especial no regime dos bens de domínio nacional e do patrimônio administrativo[4]. Assim, não há por que se pensar em invasão do patrimônio e constrição imediata dos bens públicos.

Se nos termos da legislação civil e administrativa, os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, há de se compreender também por impenhoráveis. Por seu turno, os bens públicos dominicais, que são aqueles integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, previstos no art. 99, inciso III, do Código Civil, e os das pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, indicados no art. 99, parágrafo único do mesmo diploma, apesar de alienáveis, não são passíveis de penhora, já que cabe apenas à lei a sua desafetação e a autorização para alienação.

Dessa forma, tal impenhorabilidade torna a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública completamente distinta da execução comum, na qual se penhoram e se expropriam bens do devedor, via adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto de bem móvel ou imóvel, com vistas à satisfação do crédito[5].

Em verdade, esse regime peculiar é mais uma das prerrogativas processuais inerentes à atuação da Fazenda Pública em juízo. É bem sabido que não são poucas as críticas por vezes ácidas da doutrina em relação ao tratamento diferenciado. É de se convir que não se deve encarar prerrogativas conferidas pela Constituição ou por lei como privilégios, já que há uma razão de ser, que é exatamente a proteção do interesse público primário, sendo razoável e atendendo plenamente ao interesse público[6].

Depreende-se, pois, que as prescrições constitucionais e legais atinentes ao regime especial para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública nada mais fazem senão proteger o próprio cidadão. Por um lado, a impossibilidade de penhora/constrição imediata dos bens públicos impede prejuízos à continuidade dos serviços públicos eventualmente prestados. De outra sorte, o regime de pagamento por precatórios protege o orçamento do respectivo ente e, por via de consequência, a própria execução das políticas públicas.

---

4 - DALL´AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Sobre o sequestro constitucional.** In **Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 14.

5 - DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1034.

6 - PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **A Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil.** In ADONIAS, Antonio; DIDIER JR., Fredie (coordenadores). **Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª série. Estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012, pp. 511/512.

3. A INAPLICABILIDADE DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES DE PAGAR NO QUE CONCERNE À FAZENDA PÚBLICA NA VIGÊNCIA DO CPC DE 1973.

As decisões condenatórias de pagar quantia demandavam a propositura de uma ação autônoma executiva até a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, que, finalmente, introduziu no CPC/73 o modelo do cumprimento de sentença, tornando o processo *sincrético*: havendo sentença condenatória de pagar quantia, desnecessária a instauração de um processo de execução após o trânsito em julgado; ao término da fase de conhecimento, será iniciada a *fase executiva ou satisfativa*, de modo que haverá um único processo com diversas fases em seu bojo.

A partir de então, inúmeras modificações foram empreendidas na execução/cumprimento de sentença, com o fito de tornar o procedimento mais célere e efetivo, conduzido para a concreta satisfação do direito do credor, a exemplo da penhora *on line* e a possibilidade de averbação de certidão comprobatória do ajuizamento da execução nos registros dos bens sujeitos à penhora.

Se, de um lado, tais mudanças em nada solucionaram o grave problema das execuções de pagar quando o devedor, além de inadimplente, não tem patrimônio suficiente para saldar suas dívidas, de outro, no que tange ao devedor solvente, é certo que se tornou muito mais simplificado o caminho para a satisfação do direito de crédito do exequente, que dispõe de diversos instrumentos, inclusive preventivos, para alcançar esse desiderato.

Não fazia mais nenhum sentido exigir-se a propositura de uma ação de execução ao final do processo de conhecimento, após o trânsito em julgado da condenação, para fins de cumprimento da obrigação de pagar constante do título.

A exigência de uma nova demanda executiva retardava a prestação jurisdicional – ante a própria distância temporal entre a definição do direito e a sua concretização – e permitia o uso de novos artifícios pelo devedor para evitar a submissão ao comando sentencial, a exemplo dos obstáculos diuturnamente enfrentados pelo Poder Judiciário para a realização da citação no processo executivo, quando o sujeito já havia sido citado no processo de conhecimento[7].

7 - A Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 3253/2004, que deu ensejo à Lei nº 11.232/2005, reconhecendo essas dificuldades, expressava as razões da reforma legislativa nos seguintes termos: "(...) É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito. Com efeito: após o

A adoção do procedimento de cumprimento de sentença, então, relativamente às obrigações de pagar, transformando a efetivação das decisões correspondentes em uma fase do processo, posterior ao término da fase de conhecimento, completou o ciclo de reformas destinadas à modificação das técnicas executivas do sistema processual civil brasileiro.

Desde então, a ação de execução continua a ser utilizada no que tange aos títulos executivos extrajudiciais. O cumprimento das decisões condenatórias, porém, qualquer que seja a natureza da obrigação respectiva (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar), perfaz-se como etapa do processo, posterior ao encerramento da fase de conhecimento.

Em razão da existência de procedimento específico no CPC de 1973 para a execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, em seus arts. 730 e 731, prevaleceu, após a vigência da Lei nº 11.232/2005, a tese da inaplicabilidade da técnica executiva do cumprimento de sentença aos entes que a compõem.

Nesse teor é o escólio de Humberto Theodoro Júnior[8], que afirma:

> *"Embora a abolição da ação de execução de sentença separada da ação condenatória tenha sido adotada como regra para o sistema renovado do Código de Processo Civil, o antigo sistema dual foi preservado para as ações que busquem impor o adimplemento de prestações de quantia certa ao Poder Público".*

No mesmo sentido são os ensinamentos de Araken de Assis[9], Daniel Amorim Assumpção Neves[10] e Leonardo José Carneiro da Cunha[11].

---

longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos o 'damno marginale in senso stretto' de que nos fala ÍTALO ANDOLINA), O demandante logra obter alfim a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o 'bem da vida' a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante 'embargos', com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos. Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes e agravos. (...)A dicotomia atualmente existente adverte a doutrina, importa a paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e a complicada instauração de um novo procedimento, para que o vencedor possa finalmente tentar impor ao vencido o comando soberano contido no decisório judicial. Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessária restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa, quer que de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática (...)". Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158523, capturado em 03.02.2015.

8 - **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência.** Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 397.

9 - ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1098/1099.

10 - **Manual de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 814.

11 - **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 322/323.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[12] afirmam que o procedimento terá início por petição inicial ou requerimento, conforme se trate de ação de execução ou de cumprimento de sentença, mas sempre para que a Fazenda ofereça embargos à execução no prazo de 30 dias. Admitem, portanto, que a condenação do Poder Público por sentença pode até dar origem a uma fase executiva, mas a defesa se perfaz mediante a propositura de embargos, de modo que seria também inviável a incidência das regras relativas ao cumprimento de sentença à Fazenda Pública.

Na jurisprudência do STJ, a matéria também se pacificou no sentido de que não se aplicam as regras previstas nos arts. 475-J e seguintes do CPC de 1973 à Fazenda Pública[13], por se tratar de procedimento especial e em função da sistemática dos precatórios.

4. ATUAÇÃO INICIAL DO EXEQUENTE E DO MAGISTRADO NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ACORDO COM O NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil, a despeito do pensamento majoritário explanado no tópico anterior, terminou por adotar a sistemática do cumprimento de sentença no que atine às obrigações de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública.

O procedimento é denominado *cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública* e está previsto nos arts. 534 e 535 do novo CPC, que dispõem:

> *Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:*
> *I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;*
> *II – o índice de correção monetária adotado;*
> *III – os juros aplicados e as respectivas taxas;*
> *IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;*
> *V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;*
> *VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.*

12 - **Curso de Processo Civil.** Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 404

13 -"(...) Não se aplica, à hipótese, o decidido no EREsp. 765.105/TO, uma vez que não incidem as disposições concernentes ao cumprimento de sentença nas execuções por quantia certa, dada a existência de rito próprio para a Fazenda Pública (art. 730 do CPC). (...)". AgRg no Ag 1366461/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 14/11/2011

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.
§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.
Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:
I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
II – ilegitimidade de parte;
III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.
§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.
§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.
§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:
I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;
II – por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.
§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.
§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.
§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal

> *poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.*
> *§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.*
> *§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.*

A modificação da técnica executiva – de *ação de execução* para *cumprimento de sentença* de pagar quantia – revela mais um elogiável avanço da legislação prestes a vigorar.

Independentemente das peculiaridades que envolvem a Fazenda Pública em juízo e dos cuidados constitucionais e legais que devem ser observados no que se refere ao pagamento de seus débitos, nada impede que a efetivação das decisões condenatórias das obrigações de pagar proferidas contra o Poder Público se dê mediante processo sincrético, ou seja, por intermédio de uma fase executiva, iniciada após o termo da fase de conhecimento, desde que respeitadas as restrições existentes e que são plenamente justificáveis, em função da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos e do princípio da continuidade dos serviços de mesma natureza.

Nesse passo, deve-se chamar a atenção para a circunstância de que a execução especial contra a Fazenda Pública, estabelecida pelo legislador processual, abarca tão somente as suas dívidas pecuniárias, sejam elas decorrentes de títulos executivos judiciais ou extrajudiciais.

De outra sorte, outros títulos possuídos em face da Fazenda Pública não estão sujeitos a esse regime diferenciado, de modo que as execuções para cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa se submetem aos mesmos ditames existentes para os particulares, com a execução se fazendo nos próprios autos, quando decorrentes de títulos judiciais.

Ademais, não há que se falar também em procedimento próprio quando a Fazenda for credora dos particulares, ressalvados evidentemente os casos sujeitos à execução fiscal.

Iniciando-se a análise dos dispositivos supra referidos, cumpre destacar que, para que se instaure a fase executiva, necessário que se esteja diante de sentença líquida, sob pena de nulidade.

Em caso de eventual iliquidez do título judicial formado contra a Fazenda Pública, obviamente não será possível o pleito de cumprimento da sentença, porquanto será imprescindível a sua prévia liquidação, certamente por meio de uma fase processual.

Nada obstante a orientação majoritária acerca da inaplicabilidade do procedimento de cumprimento de sentença contra a Fazenda de acordo com as regras previstas no CPC de 1973, a doutrina sempre reconheceu, a partir a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, a possibilidade da liquidação de sentença ser promovida por meio de fase do processo, sendo descabida, portanto, a propositura de demanda autônoma.

Por todos, é de se trazer a lição de Leonardo Carneiro da Cunha sobre a questão[14]:

> *"A liquidação da sentença proferida contra a Fazenda Pública deverá – seguindo-se a nova sistemática do art. 475-A do CPC – ser iniciada por requerimento, vindo a Fazenda Pública a ser apenas intimada na pessoa do procurador que atua nos autos, e não mais citada, para responder à liquidação. Ainda que a apelação interposta contra a sentença tenha o duplo efeito, poderá ser iniciada a liquidação da sentença (CPC, 475-A, parágrafo 2º)"*

No novo CPC, foi obviamente mantida a liquidação de sentença como fase do processo, prevista nos arts. 509 a 512, nas modalidades por arbitramento e pelo procedimento comum (antiga liquidação por artigos).

Interessante notar que a liquidação poderá ser requerida não apenas pelo credor, mas também pelo devedor, de modo que, sendo condenada, a Fazenda Pública poderá solicitar o início da fase de liquidação, não havendo necessidade de aguardar a iniciativa do credor, atitude que certamente se adequa aos princípios da colaboração e da razoável duração do processo, que abrange a fase satisfativa, insertos nos arts. 4º e 6º do novo Código.

Da mesma forma, continua sendo possível a liquidação antes do trânsito em julgado da decisão, na pendência de recurso, independentemente dos efeitos em que recebido, devendo tramitar em autos apartados no juízo de origem (art. 512 do novo CPC).

Esse permissivo também pode ser utilizado em face da Fazenda Pública, porquanto o trânsito em julgado exigido pela Constituição pertine tão somente à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, não se aplicando às fases anteriores de liquidação de sentença e de execução provisória[15].

Dependendo a apuração do valor exequendo apenas de cálculos aritméticos, o procedimento não é de liquidação, mas de cumprimento de sentença, o que não é novidade, ante o disposto no art. 475-B do CPC de 1973. As demais regras relacionadas a essa matéria é que foram corretamente

14 - **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 324

15 - CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2014, p.324.

deslocadas para o título relativo ao cumprimento de sentença no novo Código (art. 524, §§1º a 5º), as quais também se aplicam à Fazenda.

O início do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública depende de requerimento do credor, como também acontece em relação aos demais devedores.

Trata-se de requerimento apresentado por meio de petição simples, estabelecendo o novo Código, como requisito, tão somente a apresentação do demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, ou seja, a memória de cálculos, que deverá conter os mesmos elementos exigidos para o cumprimento de sentença contra os demais devedores[16]: a) o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; b) o índice de correção monetária adotado; c) os juros aplicados e as respectivas taxas; d) o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; e) a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; e f) a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

O único dado que não será informado na memória de cálculos que instruirá o pedido de cumprimento de sentença contra a Fazenda é o previsto no art. 524, inciso VII do novo Código, qual seja, "a indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível", o qual não foi reproduzido no art. 534 pela óbvia razão da inalienabilidade dos bens públicos – e sua consequente impenhorabilidade – que torna o procedimento executório contra o Poder Público absolutamente diferenciado.

Seria desnecessária a reprodução do art. 524 no capítulo referente ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública no novo CPC. Bastaria a menção à aplicabilidade do art. 524, incisos I a VI ao procedimento sob comento, embora nenhuma consequência prática relevante resulte dessa disposição repetitiva.

Ainda sobre o demonstrativo de créditos, deve-se abrir um parêntese para tratar de uma dificuldade muito peculiar à Fazenda Pública em juízo, vivenciada nessa fase inicial do cumprimento da sentença.

Não raras vezes, perde-se muito tempo no momento imediatamente anterior à execução, já após o trânsito em julgado, por não dispor o exequente de elementos bastantes para o cálculo e conseguinte apresentação da memória, estabelecendo-se muitas idas e vindas do processo, com o juiz intimando a Fazenda Pública ao fornecimento de fichas financeiras ou outros elementos capazes de possibilitar a elaboração dos cálculos pelo exequente.

Evidente que a Fazenda, na condição de devedora, tem sim o dever de colaborar com a condução do feito, apresentando os elementos necessários à

16 - Contidos no art. 524 do novo CPC e reproduzidos no art. 534.

confecção da conta, cabendo para tanto a requisição judicial, no exercício do seu poder de império[17]. No entanto, isso não pode representar a transferência do ônus de feitura dos cálculos à parte devedora.

Registre-se que alguns juízes chegam ao ponto de, em procedimento absolutamente desprovido de fundamentação legal, determinar a inversão do rito, ordenando que, antes de tudo, a Fazenda Pública forneça seus cálculos para só aí o exequente concordar ou não, isto é, retira o ônus do próprio exequente, o que não é nem um pouco razoável.

Desse modo, o rito adequado é que o credor, munido de título judicial líquido, requeira o cumprimento do julgado, instruindo o pedido com o demonstrativo de débito atualizado. Essa é a posição que predomina na jurisprudência, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[18].

Se houver mais de um exequente, determina o art. 534, §1º que cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo de créditos, podendo o magistrado aplicar as regras previstas no art. 113, §§1º e 2º do Código, que tratam da limitação do litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes quando houver risco de comprometimento da rápida solução do litígio e de embaraços à defesa ou ao cumprimento da sentença. O requerimento interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que terá reinício a partir da intimação da decisão que o analisar.

Perceba-se que o novo estatuto processual de forma expressa admite a limitação do litisconsórcio multitudinário na execução e na liquidação de sentença. Não há previsão similar no CPC de 1973, embora na jurisprudência do STJ seja possível encontrar julgado em que se reputou viável tal restrição na fase executiva, embora temporalmente vinculada ao término do prazo de defesa do devedor, como também ocorre na fase de conhecimento. Da leitura da ementa não é possível perceber que se trata de pedido formulado na execução, razão pela qual se transcreve trecho do voto condutor do acórdão,

17 - PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434.

18 - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PROCESSO DE CONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA N. 150/STF, POR ANALOGIA. TÍTULO ILÍQUIDO. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO. MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. JUNTADA DAS FICHAS FINANCEIRAS NÃO OBSTA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

(...)

4. Nos casos em que não se faz necessária a liquidação da sentença, mas apenas a realização de meros cálculos aritméticos, como na espécie (acórdão à fl. 389 e-STJ), com a juntada das fichas financeiras do servidor, cabe ao credor instruir a execução/cumprimento da sentença com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

(...)

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp 1283297/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 13/10/2011)

em que a matéria foi apreciada:

> *"(...) A partir das considerações tecidas, cumpre apreciar a alegação do Recorrente quanto à possibilidade de limitação litisconsorcial em sede de execução.*
> *Nesse contexto, impende salientar que, ainda que se admitisse a possibilidade de impugnação ao litisconsórcio em sede de execução, a mencionada recusa teria que ser pleiteada nos termos do art. 46, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil, o que não ocorreu na hipótese dos autos.*
> *Com efeito, constata-se que o Estado do Espírito Santo formulou o pedido de limitação litisconsorcial quando já exaurido o prazo para o oferecimento dos embargos. Por conseguinte, a referida pretensão não poderia ser julgada procedente, uma vez que, a teor do art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a impugnação do litisconsórcio deve ser realizada dentro do prazo para a defesa, sob pena de preclusão". (REsp 402.447/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 267).*

Seguindo-se a mesma linha de raciocínio, tratando-se da Fazenda Pública, o pedido deve ser formulado até o encerramento do prazo para apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, que é de 30 dias.

Não se olvide que a limitação aqui mencionada pode também ser determinada pelo juiz de ofício, de modo que a matéria não se submete à preclusão. O efeito da interrupção do prazo de defesa (*in casu,* da impugnação) é que somente incidirá se o pleito for formulado tempestivamente pela Fazenda[19].

Nas execuções comuns, nos termos do art. 475-J do CPC de 1973, o não pagamento voluntário da condenação acarreta a incidência de multa no percentual de 10%, que será acrescida ao montante da execução.

Se a doutrina majoritária entende que o modelo de cumprimento de sentença não se amolda às execuções contra a Fazenda Pública de acordo com as disposições do CPC de 1973, mostra-se também inadequada, *a priori,* a imposição da pré-falada multa. A jurisprudência do STJ é pacífica a esse respeito[20].

19 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 188.

20 - PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 100 DA CF/88. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. PRECLUSÃO E COISA JULGADA. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF.

1. A despeito de a condenação referir-se à verba de natureza alimentar (proventos/pensões), a execução contra a Fazenda Pública deve seguir o rito do art. 730 do CPC, por tratar de execução de quantia certa. É que o art. 100 da Constituição Federal não excepcionou a verba alimentícia do regime dos precatórios,

O novo CPC reproduz a regra contida no sobredito art. 475-J, em seu art. 523, §1º, e acrescenta que haverá também honorários advocatícios no percentual de 10% na fase de cumprimento de sentença.

Com a alteração procedimental das execuções contra a Fazenda Pública, adotando-se a técnica do cumprimento de sentença quanto às obrigações de pagar quantia, certamente haveria discussões sobre a aplicabilidade da multa do art. 523, §1º.

Para eliminar qualquer dúvida a esse respeito, o art. 534, §2º veda a imposição da sanção supramencionada à Fazenda Pública.

A regra tem sua razão de ser. Ao contrário dos devedores em geral, a Fazenda Pública não pode se desvincular das normas constitucionais que tratam dos precatórios e das requisições de pequeno valor, de modo que o pagamento de seus débitos deve observar estritamente os critérios definidos na Constituição.

Ora, se os pagamentos devidos pela Fazenda, nos termos do art. 100 da Constituição, devem ser feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios – sem falar nas filas específicas para os créditos privilegiados – não haveria como as pessoas jurídicas de direito público realizarem o cumprimento voluntário da execução no prazo definido pelo art. 523 do novo CPC (15 dias).

No que concerne às requisições de pequeno valor, cujo adimplemento é realizado diretamente, deve haver cumprimento voluntário da condenação pela Fazenda Pública, no entanto, há um prazo legal diferenciado e certo para satisfação da obrigação: dois meses, conforme o art. 535, §3º, II do novo Código.

Se a própria legislação reconhece que o pagamento das requisições de pequeno valor deve ser empreendido em dois meses, não teria o menor cabimento punir a Fazenda Pública pelo não cumprimento voluntário da obrigação em espaço de tempo inferior (15 dias).

Por isso, andou bem o legislador ao proibir a imposição da multa por descumprimento voluntário da sentença condenatória de pagar quantia contida no art. 523, §1º do novo CPC às pessoas jurídicas de direito público.

antes, apenas lhe atribuiu preferência sobre os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º do referido dispositivo legal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

2. Não há que se falar em incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC em sede de execução contra a Fazenda Pública, visto que não é possível exigir que Fisco pague o débito nos 15 dias de que trata o dispositivo supra, eis que o pagamento do débito alimentar será realizado na ordem preferencial de precatórios dessa natureza.

(...)

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1201255/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010) (Grifo nosso)

Entrementes, nas execuções de pequeno valor, mais adequado seria incidir a multa. Não pela escusa de pagamento voluntário em 15 dias – prazo definido para os devedores em geral – mas pelo descumprimento espontâneo dentro dos 2 meses definidos no art. 535, §3º, II. Se é possível a satisfação voluntária, o Poder Público, tal qual os particulares, também deveria ser sancionado em caso de inadimplemento.

Como se disse linhas atrás, além da multa, o art. 523, §1º também determina a incidência de honorários advocatícios na fase executiva, no percentual de 10% e o art. 534, §2º coibiu tão somente a aplicação da multa em face do Poder Público, não os honorários.

Assim, parece acertado o cabimento de honorários de advogado na fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Sobre o tema, imprescindível tratar do art. 1º-D da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que estabelece que não serão devidos honorários pela Fazenda nas execuções não embargadas.

Apesar das inúmeras críticas doutrinárias acerca do dispositivo em tela, inclusive a respeito de sua duvidosa constitucionalidade, o Supremo considerou constitucional a Medida Provisória 2.180-35/2001, dando-lhe, porém, interpretação conforme a Constituição para restringir sua aplicação às execuções submetidas ao regime de precatórios, excluindo-a daquelas que ensejem pagamento por meio de requisição de pequeno valor. O acórdão, do Pleno do STF, restou assim ementado:

> *"I. Recurso extraordinário: alínea "b": devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV.* ***Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno***

> ***valor*** *(CF/88, art. 100, § 3º)". (RE 420816, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722) (grifo nosso).*

A justificativa do privilégio contido no art. 1º-D da Medida Provisória 2.180-35/2001, segundo Araken de Assis[21], o que também se pode extrair das discussões levadas a efeito no julgamento do RE 420816/STF, seria a circunstância de que, "no procedimento especial, a executada não pode solver a obrigação, espontaneamente, e mostra-se imperativo instaurar a execução, ensejando a requisição do pagamento".

Em outras palavras, a execução de pagar quantia contra a Fazenda, quando exigível a expedição de precatório, não ocorre em função da mora, do inadimplemento do devedor, mas da obrigatoriedade de expedição de precatórios. Assim, sendo inevitável a execução nesses casos e não sendo possível o cumprimento voluntário da condenação, não haveria que se falar em honorários de advogado nas execuções não embargadas, porquanto inexistente a sucumbência.

Lado outro, no caso das execuções em que o pagamento deve ser feito por requisição de pequeno valor, assentou a Suprema Corte o entendimento no sentido de que pode haver descumprimento voluntário do pagamento, de modo que, ainda que não embargadas, nessas execuções serão cabíveis os honorários advocatícios[22].

Com a adoção da técnica executiva do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, a defesa não mais se denomina embargos, mas impugnação. O tempo dirá, mas certamente a interpretação jurisprudencial será no sentido de que o art. 1º-D da Medida Provisória 2.180-35/2001 se estenderá às execuções não impugnadas, mantendo-se a exceção no tocante às requisições de pequeno valor.

Feitas tais considerações, é certo que, apresentado o requerimento pelo credor, ao magistrado singular cumpre adotar duas atitudes básicas. A primeira, caso se depare com vício insanável, passível de conhecimento de ofício, pode reconhecer a nulidade do título, como ocorre, por exemplo, diante da ausência de liquidez.

Destaque-se, no entanto, que à luz do art. 10 do novo Código, o juiz não mais poderá proferir as chamadas "decisões-surpresa", ou seja, aquelas

21 - **Manual da execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1105/1106.

22 - Importante colacionar a advertência de Araken de Assis (In: **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1106): "(...) o STF não admite o fracionamento da execução de sentença coletiva para o efeito de cabimento de honorários. Admissível que seja a execução individual, cabem honorários, consoante a Súmula 345 do STJ: 'São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

levadas a efeito "com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

Assim é que, mesmo diante de vício insanável passível de reconhecimento *ex officio,* vislumbrada pelo juiz na fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda, deverá anunciar essa possibilidade às partes, intimando-as a se pronunciarem em prazo razoável, a fim de que possam, exercendo o contraditório em sua plenitude, influir na decisão a ser tomada.

Por outro lado, a atitude mais comum será mesmo a de ordenar então a intimação da Fazenda, na pessoa de seu representante judicial, para impugnar a execução no prazo de trinta dias. Essa intimação pode ser feita por carga, remessa ou meio eletrônico.

Aspecto relevante que distingue essa espécie das execuções comuns é que a intimação se dá, como visto, para apresentar impugnação, e não para pagar a dívida ou garantir o juízo. Não se poderia cogitar de intimação para pagar a dívida, porque ainda que pretendesse assim o fazer, o ente estatal precisaria respeitar os ditames constitucionais, relativamente à expedição de precatórios. E não se há que falar em garantia de juízo em função da já citada presunção de solvência e da impenhorabilidade dos bens públicos.

Considerando-se as disposições dos arts. 730 e 731 do CPC/73, que tornam necessária a propositura de ação executiva contra a Fazenda, prevaleceu a orientação de que não se aplica ao Poder Público, neste momento inicial, a prerrogativa de prazo estabelecida pelo art. 188 do CPC, por constituírem processo novo, cujo prazo não pode ser assimilado ao regime dos processos já instaurados[23]. Assim, não haveria que se proceder à contagem em quádruplo para o oferecimento de embargos, inclusive por não possuírem estes natureza de contestação, mas sim de ação.

Pela nova sistemática, não há mais processo novo na execução de títulos judiciais contra a Fazenda. Há continuação do feito com a instauração de uma nova fase, a de cumprimento de sentença, sendo a Fazenda intimada para impugnar a execução em 30 dias. Daí porque se poderia cogitar da prerrogativa de contagem dos prazos em dobro, agora prevista no art. 183 do novo CPC.

Contudo, o próprio art. 183, em seu §2º, tratou de expurgar essa ideia, ao dispor acertadamente que "não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público".

Havendo, pois, prazo específico para a impugnação definido pela lei (30 dias), não há benefício da contagem em dobro na espécie em prol da Fazenda.

23 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, v. 3 – Execução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 394.

5. A TIPOLOGIA E O PROCEDIMENTO DAS DEFESAS DA FAZENDA PÚBLICA NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NO NOVO CPC E SUAS DISTINÇÕES EM RELAÇÃO AO CPC/73

Conforme as regras do CPC de 1973, como é cediço, a Fazenda Pública pode se contrapor à execução de pagar quantia por meio da interposição de embargos, no prazo de 30 dias.

Os embargos têm natureza jurídica de ação, de modo que deve ser confeccionada petição inicial, com a observância dos requisitos contidos nos arts. 282 e 283 do CPC.

Questão que desperta debate é quanto à atribuição ou não de efeito suspensivo aos embargos da Fazenda Pública. Ocorre que, na sistemática anterior à Lei n. 11.382/2006, os embargos à execução, independentemente de serem do particular ou da Fazenda, por si só tinham o condão de suspender o feito executivo.

A Lei n. 11.382/2006 previu, no seu art. 739-A, que os embargos não têm efeito suspensivo, ao passo em que o §1° do mesmo artigo indicou que o juiz pode, mediante requerimento do embargante, até atribuir esse efeito, desde que relevantes os fundamentos e se convença de que o prosseguimento da execução possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado, e desde que também a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução.

Levando-se em conta que as execuções movidas contra a Fazenda não apresentam as figuras da penhora, do depósito ou da caução, restou o questionamento na doutrina e na jurisprudência, quanto à persistência ou não do efeito suspensivo automático quando o ente público embargar a execução.

A doutrina se dividia quanto ao tema. Marinoni, por exemplo defendia o entendimento de que, em princípio, poderá o juiz autorizar o prosseguimento da execução contra a Fazenda Pública, expedindo-se de imediato o precatório[24]. Já Leonardo Carneiro da Cunha, de outra sorte, sustentava que os embargos opostos pela Fazenda Pública devem, forçosamente, ser recebidos no efeito suspensivo, pois, enquanto não se tornar incontroverso ou definitivo o valor cobrado, não há como se expedir o precatório ou a requisição de pagamento[25].

De fato, apesar da modificação do art. 739 do CPC de 1973 e da inserção do art. 739-A, que expurga a regra geral do efeito suspensivo dos embargos, em função da sistemática dos precatórios e das requisições de pequeno valor,

24 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, v. 3 – Execução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 395.
25 - CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 329.

entende-se que tal modalidade de defesa, apresentada pela Fazenda Pública, deve ser dotada de suspensividade.

Como bem defendem Rodrigo Klippel e Antonio Adonias Bastos, se o legislador quisesse retirar a prerrogativa de suspensão da execução, teria ele deixado prevalecer o regramento da impugnação e dos embargos opostos pelo particular, sem um rito específico para a Fazenda[26].

O raciocínio exposto acima é muito feliz. Se o legislador manteve, mesmo com as reformas decorrentes da terceira onda de mudanças por que passou o CPC, o rito especial do art. 730, e sabendo que a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor somente se dará se o ente concordar com os cálculos ou não embargar, tem-se como inevitável conclusão que uma vez feita a opção pelos embargos, o precatório ou a RPV não haverão de ser expedidos antes do deslinde daqueles.

Essa é, inclusive, a orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Observe-se o seguinte trecho de julgado:

> *"(...) nas Execuções propostas contra a Fazenda Pública, a oposição de embargos gera efeito suspensivo, pois a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado, de sorte que somente pode ser determinado o pagamento se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado. (...)". (AgRg no REsp 1264564/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011)*

Assim, os embargos opostos pela Fazenda, a despeito da regra geral imposta aos demais devedores, são dotados de efeito suspensivo. Se não há penhora, obviamente não há que se falar em garantia do juízo para fins de propositura dos embargos pelo Poder Público.

Sendo a execução contra a Fazenda movida por título judicial, há de se ter em consideração que os embargos levarão em conta a regra do art. 741 do CPC, que elenca as matérias arguíveis nos embargos à execução de títulos judiciais, dentre as quais se incluem a falta ou nulidade de citação, a inexigibilidade do título e o excesso de execução. Além disso, podem ser utilizados nas famosas situações de "coisa julgada inconstitucional", isto é, quando o título estiver fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou quando fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, a teor do disposto no parágrafo único do mesmo art. 741.

26 - KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 1474.

Apresentados os embargos, será o exequente intimado a se manifestar em 15 dias, nos termos do art. 740 do CPC de 1973. Havendo necessidade, o juiz designará instrução; caso contrário, julgará antecipadamente a lide.

Por terem natureza jurídica de ação, os embargos são encerrados por sentença, sendo, portanto, recorríveis por meio de apelação. Considerando-se a mesma justificativa apresentada para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos opostos pela Fazenda – necessidade de trânsito em julgado da decisão para expedição de precatórios e requisições de pequeno valor – o apelo deverá ser recebido no efeito duplo, não havendo incidência do art. 520, V do CPC de 1973[27].

Caso a Fazenda Pública não logre êxito, em primeiro grau, com seus embargos à execução, não há que se falar em remessa necessária, porque não se enquadra em nenhuma das situações do art. 475 do CPC – registre-se que não se está lidando com sentença desfavorável em processo de conhecimento.

Além dos embargos, pode a Fazenda fazer uso da objeção e da exceção de pré-executividade[28].

É sabido que a exceção/objeção de pré-executividade, não obstante a ausência de previsão legal, é meio bastante frequente no cotidiano forense, como mecanismo apto para que o devedor, fundado em questões de ordem pública, provoque o magistrado a conhecer de matérias que deveria ter reconhecido de ofício, além de questões que, embora não cognoscíveis *ex officio,* podem ser alegadas pelo executado por meio da exceção em referência, por estar munido de prova pré-constituída.

Nas execuções comuns, mesmo com as mudanças advindas das Leis n.°s 11.232/2005 e 11.382/2006, ainda esse instrumento é deveras utilizado pelos devedores, até mesmo em função de que não demanda custas – diferente dos embargos – e não exige prévia garantia do juízo[29].

27 - CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 332.

28 - Por não ser objeto do presente estudo, não haverá maiores incursões a respeito da nomenclatura mais adequada para essa espécie de defesa na execução, embora não se desconheça que tecnicamente, considerando-se o seu objeto – arguição de matérias cognoscíveis de ofício – o termo mais adequado seja objeção e não exceção de pré-executividade. Além disso, não se pode olvidar que a doutrina e a jurisprudência admitem que matérias não passiveis de conhecimento *ex officio* sejam também arguidas na execução, agora sim, por meio de exceção de pré-executividade. A esse respeito, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (In: **Manual da execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1145): "Conclusivamente, existem atualmente duas defesas atípicas e incidentais à execução: a) *objeção de pré-executividade* (ou não executividade), por meio da qual o executado alega matéria de ordem pública referente à inexistência de condições formais necessárias à continuidade da execução; b) *exceção de pré-executividade* (ou não executividade), por meio da qual o executado, em poder de prova pré-constituída, alega matéria que o juiz não pode conhecer de ofício, que segundo a previsão legal deveria ser alegada em sede de embargos à execução".

29 - É importante ressaltar que a Lei n. 11.382/2006 retirou a necessidade de prévia garantia do juízo para o oferecimento de embargos de devedor nas execuções comuns. No entanto, como a penhora é requisito para que se busque a atribuição de efeito suspensivo, a objeção/exceção de pré-executividade, que inclusive

No caso das execuções movidas em face da Fazenda Pública, a objeção/exceção de pré-executividade se revela com utilização das mais raras. Antes mesmo das mudanças legislativas citadas no parágrafo anterior, não se tinha – e nem poderia se ter – a penhora como requisito de admissão dos embargos do ente público.

Assim, não havendo a necessidade da prévia constrição para que se embargue a execução, não se cogita em utilizar a exceção de pré-executividade enquanto houver prazo para a propositura de defesa típica[30].

Desse modo, as raras situações em que se verifica a utilização da objeção/exceção de pré-executividade, por parte da Fazenda Pública, remontam quase sempre à perda do prazo para oferecimento dos embargos ou a quando a nulidade é tão visível[31] que não se justifica o cumprimento das formalidades legais ao oferecimento de embargos.

Assim é que, enquanto vigorar o CPC de 1973, a Fazenda pode se utilizar de duas defesas na execução por quantia certa: os embargos e a objeção/exceção de pré-executividade (essa com menor frequência).

No novo CPC, como apontado inúmeras vezes no presente ensaio, não há mais ação executiva e sim cumprimento de sentença de pagar quantia contra a Fazenda Pública. Desse modo, não faria mais sentido a manutenção dos embargos como modalidade de defesa, razão pela qual a impugnação passou a ser o instrumento por meio do qual a Fazenda pode se opor ao pedido de efetivação da decisão condenatória de pagar transitada em julgado.

A defesa típica da Fazenda Pública na fase de cumprimento de sentença de pagar quantia passa a ser a impugnação, que apresenta a maioria das características encontradas na mesma modalidade de reação do executado inerente às execuções de sentença de pagar relacionadas a devedores comuns.

Em primeiro lugar, a impugnação tem natureza jurídica de incidente processual[32], uma vez que não há formação de nova relação jurídica processual. A impugnação tramita nos próprios autos em que instaurada a fase de cumprimento de sentença, como continuação do procedimento.

Em função de sua natureza incidental, deve ser apresentada por meio de simples petição, evidenciando-se absolutamente desnecessário o preenchimento de requisitos formais rígidos para a sua confecção.

não demanda custas, continua a ser bastante utilizada em tais procedimentos. Além disso, no cumprimento de sentença, sedimentou-se o entendimento segundo o qual há necessidade de garantia do juízo para fins de apresentação da impugnação, de modo que o referido instrumento de defesa continua a ter utilidade.

30 - KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 1479.

31 - Pode-se apontar, como exemplo, a situação em que há ausência de título ou que o credor deixou de cumprir com os requisitos necessários à instrução do pedido de execução.

32 - ASSIS, Araken. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1352; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1136.

A única exigência relativa à impugnação concerne à alegação de excesso de execução pela Fazenda. Nesse caso, caber-lhe-á "declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição" (art. 535, §2º do novo CPC).

Suscitando, pois, excesso de execução, a Fazenda deve indicar o montante que reputa exato, devendo, para tanto, apresentar memória de cálculos, a nosso ver, de acordo com as mesmas exigências contidas no art. 534.

O CPC de 1973 não contém qualquer norma sobre o tema, motivo pelo qual instaurou-se divergência acerca da exigibilidade ou não da apresentação do demonstrativo de débito pela Fazenda quando alega excesso de execução.

O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeros julgados que consagram a exigibilidade da memória de cálculos quando os embargos da Fazenda Pública versarem sobre excesso de execução, como demonstra o aresto abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS DE DEVEDOR. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. APRESENTAÇÃO DE MEMÓRIA DE CÁLCULO. NECESSIDADE. ART. 739-A, § 5º, DO CPC. APLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.*
> *(...)*
> *3. "Fundados os embargos à execução contra a Fazenda Pública no excesso de execução, é dever do embargante apresentar, ao tempo da inicial, a memória discriminada de cálculos, sob pena de rejeição.*
> *Aplicabilidade do artigo 739-A, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil". (AgRg no REsp 1.175.064/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 17.5.2010).*
> *(...)*
> *Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg nos EDcl no REsp 1226551/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 20/06/2011)*

Do exposto, tem-se que o Poder Público deverá, caso seja fundamento da impugnação o excesso de execução, apresentar o demonstrativo discriminado e atualizado do crédito com os valores e os critérios estabelecidos pelo art. 534, sob pena de não conhecimento da alegação, ressaltando-se que se for esse o único fundamento da impugnação e não for apresentada a memória de cálculos, a referida modalidade de defesa deverá ser indeferida.

Nada mudou no tocante à exigência constitucional de trânsito em julgado para fins de expedição de precatórios e de requisições de pequeno

valor, motivo pelo qual, apresentada a impugnação, incidirá o efeito suspensivo no tocante a esses atos executivos.

A esse respeito, cumpre trazer à colação as ponderações de Cláudia Aparecida Cimardi[33]:

> *"(...) a impugnação é o instrumento hábil para a devedora Fazenda Pública pretender a declaração ou a desconstituição do título judicial, razão pela qual, enquanto pendente,* ***afasta a definitividade da dívida****, para fins de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Tanto é assim que o art. 520, § 2o, do PLS 166/2010 [agora art. 535, §3º do Projeto já aprovado pelo Senado] estabelece que somente com a rejeição das arguições apresentadas pela executada a ordem de pagamento poderá ser expedida". (grifo nosso)*

A autora chama a atenção para a circunstância de que, a rigor, sequer se deve falar em efeito suspensivo, posto que "(...) a definitividade reclamada pelo texto constitucional para a expedição do precatório traz como consequência inafastável o sobrestamento do trâmite do procedimento dessa execução de procedimento especial"[34].

Embora assista-lhe razão – até mesmo porque não há alternativa para o exequente evitar esse sobrestamento da fase executiva gerado pela apresentação da impugnação pela Fazenda – considerando-se que a doutrina e a jurisprudência atuais reportam-se a essa impossibilidade de realização dos atos pertinentes à expedição de precatórios e requisições de pequeno valor como *efeito suspensivo* dos embargos, acredita-se que, com a vigência do novo Código, será mantida a mesma terminologia no que se refere à impugnação.

Mais uma vez, deve-se apenas referir que não cabe falar em garantia do juízo, ante a inexistência de penhora na execução contra a Fazenda Pública.

As matérias arguíveis em sede de impugnação estão previstas nos incisos e parágrafos do art. 535 do novo CPC, cujo rol deverá ser considerado taxativo[35]: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; V – incompetência absoluta ou relativa do

33 - **A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC**. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242886/000923094.pdf?sequence=1, capturado em 15.01.2015.

34 - CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC**. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242886/000923094.pdf?sequence=1, capturado em 15.01.2015..

35 - Se o rol de matérias impugnáveis relativo ao cumprimento de sentença contra os devedores comuns é reputado taxativo, também o será o concernente à impugnação oferecida pela Fazenda Pública. Sobre a taxatividade, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (In: **Curso de processo civil, v. 3: execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297) esclarecem que "o elenco apresentado nesse rol não impede - nem poderia impedir – a alegação de objeções, desde que posteriores ao trânsito em julgado da sentença.

juízo da execução; VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

Tratam-se das mesmas questões contidas no art. 525, §1º, com algumas pequenas modificações. Primeiro, houve exclusão do inciso IV, que se reporta à penhora, inexistente nas execuções contra a Fazenda Pública.

Quanto à alegação de causas modificativas ou extintivas da obrigação, quanto aos devedores comuns, o art. 525, §1º, inciso VII dispõe que devem ser elas *posteriores à sentença*; o art. 535, VI, por seu turno, determina que as causas *sejam ulteriores ao trânsito em julgado da sentença*, o que se justifica em virtude da regra constitucional impositiva a respeito da exigência do trânsito em julgado da condenação para efeito de expedição de precatórios e requisições de pequeno valor.

O §1º apenas consigna que a alegação de impedimento ou suspeição não deve ser levada a efeito no bojo da impugnação, devendo observar o procedimento previsto nos arts. 146 e 148, que demanda elaboração de petição específica, dirigida ao juiz do processo, que tramitará, em caso de recusa, em autos apartados, tendo, portanto, natureza incidental. Não há qualquer especificidade no tocante à Fazenda Pública, vez que o dispositivo trata-se de reprodução do art. 525, §2º do Código.

Os parágrafos 5º a 8º do art. 535 cuidam da hipótese de coisa julgada inconstitucional, já consagrada no CPC de 1973, reputando inexigível a obrigação

> *"reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso".*

O novo Código tratou com bastante especificidade da questão, positivando algumas orientações um tanto polêmicas na doutrina e na jurisprudência. O tema é complexo e certamente será alvo de inúmeras críticas doutrinárias, entre processualistas e constitucionalistas.

Em primeiro lugar, o §5º admite que a decisão do Supremo pode ser proferida em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Apesar de haver divergência sobre o tema[36], o próprio STF tem conferido

36 - CUNHA, **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 350. Considera que a decisão pode ter sido resultado de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, desde que a decisão tenha sido proferida pelo Pleno; Araken de Assis (p. 1280), por seu turno, entende que, em caso de controle difuso, somente incidiria a norma se houvesse resolução do Senado suspendendo a vigência da lei

efeito *ultra partes* e caráter expansivo às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em controle difuso[37], o que nos permite concluir que a norma mostra-se alinhada à orientação da referida Corte Superior.

O mesmo se diga quanto à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão no tempo, admitida pela própria Lei 9.868, de 10.11.1999, em seu art. 27[38].

Acolhendo posicionamento doutrinário majoritário, mas não uníssono[39], o §7º condiciona a incidência do §5º às decisões do Supremo proferidas antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

No que se refere ao §8º, no entanto, que trata da decisão proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda e determina que caberá ação rescisória, **cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo,** tem-se que a matéria não foi pacificada sequer no âmbito do próprio STF. Explica-se.

No Recurso Extraordinário nº 730.462, o Supremo reconheceu a repercussão geral sobre a questão "relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado"[40], porém o mérito do recurso ainda não foi julgado.

O fato é que o Relator, Ministro Teori Albino Zavascki[41], em seu voto, manifestou-se contrariamente ao disposto no referido §8º, fazendo as seguintes ponderações:

> *"(...) Pode ocorrer e, no caso, isso ocorreu que, quando do advento da decisão do STF na ação de controle concentrado, declarando a inconstitucionalidade, já tenham transcorrido mais de dois anos desde o trânsito em julgado da sentença em contrário, proferida em demanda concreta. Em tal ocorrendo, o esgotamento do prazo decadencial inviabiliza a própria ação rescisória, ficando referida sentença, consequentemente, insuscetível de ser rescindida por efeito da decisão em controle concentrado.*

ou ato normativo.

37 - Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

38 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

39 - CUNHA, **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 351 e 352.

40 - RE 730462 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014

41 - RE 730462 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014

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

Tendo o Supremo a palavra final acerca da adequação das leis e atos normativos à Constituição da República, não nos parece da melhor técnica o legislador infraconstitucional tentar impor uma interpretação que ainda seria objeto de análise e definição pela Corte Maior, ainda mais porquanto já reconhecida a repercussão geral. A constitucionalidade do dispositivo em referência provavelmente será questionada.

Apesar da omissão legislativa, considerando-se a exigência de contraditório, atravessada nos autos a impugnação, será o exequente intimado a se manifestar em 15 dias, aplicando-se subsidiariamente o art. 920, I do novo CPC.

O mesmo dispositivo deve ser aplicado em relação às demais etapas do incidente: se o magistrado considerar necessária, designará audiência e realizará a instrução; caso contrário, proferirá decisão.

Apesar da natureza incidental da impugnação, a decisão que a encerra poderá ter natureza interlocutória ou de sentença, devendo-se verificar seu conteúdo para identificar se encerra ou não a fase executiva: na hipótese afirmativa, haverá sentença; caso contrário, ter-se-á decisão interlocutória.

Na primeira hipótese, o recurso cabível será a apelação, que terá, em face dos mesmos fundamentos já mencionados quanto aos embargos opostos pela Fazenda Pública conforme regras do CPC de 1973, efeito duplo (devolutivo e suspensivo).

Se a decisão for interlocutória, as partes poderão manejar agravo de instrumento, em função do disposto no art. 1.015, parágrafo único do novo CPC[42].

Na fase de cumprimento de sentença, também é possível à Fazenda Pública a utilização da objeção/exceção de pré-executividade.

Inobstante, havendo agora cumprimento de sentença nas obrigações de pagar e definida a impugnação como instrumento de defesa, que tem requisitos bastante simplórios para seu oferecimento em juízo, além da inexistência de penhora ou qualquer outra forma de garantia do juízo, será

42 - Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

ainda mais incomum e desnecessária a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade pela Fazenda Pública.

Não é despiciendo referir que se entende parcialmente aplicável ao Poder Público o art. 525, §11 do novo CPC, que encerra a seguinte regra:

> *"As questões relativas a fato superveniente ao fim do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas pelo executado por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato".*

Como não há penhora nem avaliação, quanto à Fazenda Pública, considera-se que é possível a arguição de questões relativas a fato superveniente ao fim do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relacionadas aos atos executivos subsequentes (no caso, expedição de precatórios e requisições de pequeno valor), por meio de petição simples, no prazo de 15 dias, contado da ciência do fato ou intimação do ato.

6. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE TÍTULOS JUDICIAIS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Não obstante o posicionamento de alguns autores, como Humberto Theodoro Júnior[43] e Leonardo José Carneiro da Cunha[44], para quem, nos moldes do art. 730 do CPC, a execução somente será possível com base em sentença transitada em julgado, o posicionamento jurisprudencial vem evoluindo aos poucos, no sentido da admissibilidade, em certas situações, da execução provisória de títulos judiciais por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Há razões óbvias para não se imaginar a execução provisória como regra, sob pena de risco de comprometimento ao Erário, porque a inscrição em precatório geraria a obrigação de pagamento, por parte do ente público. E imaginar o pagamento feito, com a posterior reversão da decisão, faria com que a Fazenda Pública tivesse que buscar, por outros meios, a devolução

43 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 376.

44 - Segundo o referido autor (In: **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 391), a partir da Emenda Constitucional nº 30/2000, tornou-se inviável a execução provisória contra a Fazenda Pública, em função da "circunstância de que, uma vez inscrito o correlato precatório, o crédito passa a integrar o orçamento respectivo, devendo ter uma única destinação, qual seja, o efetivo pagamento à parte favorecida". Daí porque a exigência do prévio trânsito em julgado da condenação.

dos valores recebidos indevidamente. Estar-se-ia, pois, diante de medida satisfativa e praticamente irreversível.

É de se registrar que é admitido em nossos tribunais a execução provisória de outras obrigações, como ocorre com as obrigações de fazer, por exemplo. Não é raro que um servidor que teve seu direito a uma gratificação de desempenho reconhecida no processo de conhecimento, promova a execução provisória da decisão relativamente à obrigação de fazer, restando pendente do trânsito em julgado apenas a obrigação de pagar as parcelas pretéritas.

O STJ entende possível, por exemplo, a execução provisória dos títulos executivos judiciais quando ajuizada antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 30/2000, bem como que a execução seja iniciada até a fase de embargos, como se depreende do precedente abaixo:

> *PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AJUIZAMENTO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/2000. POSSIBILIDADE.*
> *1. A Emenda Constitucional nº 30 deu nova redação ao §1º do art. 100 da Constituição para estabelecer, como pressuposto da expedição de precatório ou da requisição do pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da respectiva sentença.*
> *2. Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte) ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.*
> *3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedente: RESP 331.460/SP, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.11.20003.*
> *4. Recurso especial a que se nega provimento. (Resp 702264/SP, STJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.12.2005)*

Outro posicionamento interessante do mesmo STJ, já mais recente, foi quanto ao cabimento da execução provisória contra a Fazenda Pública, quando o trânsito em julgado do título executivo judicial carecer do julgamento de recurso interposto apenas pelo exequente, pois isso revelaria a incontrovérsia da dívida. Confira-se o precedente:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PENDENTE DO JULGAMENTO DE RECURSO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELO EXEQUENTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.*
> *1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem asseverado ser cabível o ajuizamento de execução provisória contra a Fazenda Pública quando o trânsito em julgado do título executivo judicial carecer do julgamento de recurso interposto exclusivamente pelo exequente.*
> *(...)*
> *3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1072941/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 17/11/2011)*

De uma forma ou de outra, é importante que os tribunais pátrios ajam com bastante ponderação na evolução de sua jurisprudência em relação às execuções provisórias. Se uma obrigação de fazer, como a inclusão de um autor em folha de pagamento, se revela mais simples de desfazer, ainda que não seja tão fácil reaver valores recebidos indevidamente durante o cumprimento de tal obrigação numa execução provisória, não é tarefa fácil a reversão de uma obrigação de pagar. Caso houvesse a admissão indiscriminada da execução provisória para as obrigações de pagar, o planejamento orçamentário e a execução de políticas públicas por Municípios, Estados, Distrito Federal e pela União restariam seriamente comprometidos.

Apesar disso, é certo que o § 4º do art. 535 do novo CPC expressamente autoriza a execução de valores incontroversos contra a Fazenda Pública, ao tratar da impugnação parcial e da possibilidade de cumprimento imediato da parcela não questionada pela executada.

A questão, que já foi alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, encontra-se sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que admite a execução de parcelas incontroversas contra a Fazenda Pública, como se pode constatar do aresto abaixo transcrito:

> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE PARCELA INCONTROVERSA. APELAÇÃO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO. DISCUSSÃO SOBRE*

A PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. A solução integral da divergência, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. É possível a execução provisória contra a Fazenda Pública com o sistema de precatórios, desde que se trate de quantia incontestável.
3. O Tribunal de origem consignou que não há falar em valores incontroversos sobre os quais deva prosseguir a execução de sentença, visto que nos Embargos à Execução a União alega a prescrição da execução, matéria de defesa que, se procedente, fulminará toda a execução.
4. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no AREsp 368.378/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013)

O novo Código, portanto, apenas positiva orientação jurisprudencial já firme no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

De qualquer sorte, deve-se corrigir o equívoco do Superior Tribunal de Justiça de reputar tal execução como *provisória.* Se há valores incontroversos, a execução respectiva somente pode ser *definitiva* e não *provisória.*

Quando há alegação de prescrição como matéria de defesa na impugnação, que pode fulminar toda a execução, torna-se inviável a execução de eventuais valores não questionados pela Fazenda, porquanto, nesse caso, tratar-se-ia de verdadeira execução provisória, inadmitida pelo sistema de precatórios previsto no art. 100 da Constituição. Há inúmeras decisões nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça, como visto no julgado anteriormente citado.

7. CONCLUSÃO

Em razão da garantia constitucional prevista no art. 100, os pagamentos devidos pelos entes componentes da Fazenda Pública são feitos na ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Como decorrência desse mandamento da Carta Maior, há regramento peculiar na legislação processual civil para as situações em que a Fazenda Pública for executada para o pagamento de quantia certa.

Muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca das específicas prerrogativas que as pessoas jurídicas de direito público possuem quando atuam perante o Poder Judiciário. Como não poderia deixar de ser, e de acordo com o que foi visto e afirmado, não são poucos os críticos ao regime

diferenciado que a Fazenda Pública possui quando figura no polo passivo de uma execução para pagamento de quantia certa.

A existência de um rito específico para que a Fazenda Pública figure como executada nas obrigações de pagar quantia certa se justifica, dentre outros aspectos, pela necessidade de se possibilitar previsão orçamentária – evitando surpresas desagradáveis com determinadas condenações – e, em última análise, para que não se prejudique o planejamento e a execução das políticas públicas.

Não se poderia querer aplicar às execuções movidas contra a Fazenda o mesmo procedimento que se tem para as execuções comuns, em que o executado é citado para pagar, sob pena de invasão patrimonial para garantir o crédito do exequente. Não se trata, pois, de um particular com risco de insolvência, que demande garantia do juízo, nem mesmo são os bens públicos passíveis de penhora e conseguinte alienação para satisfazer o credor.

Ao longo do presente, foram analisados alguns dos aspectos mais polêmicos atinentes aos processos de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, buscando-se cuidar da evolução do pensamento doutrinário e da construção jurisprudencial.

A Constituição sofreu significativas alterações no regime de pagamento dos precatórios, como fruto das Emendas Constitucionais n. 30/2000 e 62/2009, que igualmente, especialmente a última, suscitaram inúmeros debates, até mesmo quanto à constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos. Segundo se viu, previsões de prazos prolongados e forma específica para pagamento de precatórios, com vinculação à receita líquida, ou mesmo de compensação de débitos do exequente para com a Fazenda Pública, despertaram a ira da Ordem dos Advogados do Brasil e de associações representativas da magistratura e do Ministério Público, que motivaram intensas discussões junto ao Supremo Tribunal Federal, e que acabaram parcialmente derrubadas por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

O tema da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ganha contornos mais acentuados com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015). Em tal diploma, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública mereceu atenção especial, com alterações bastante significativas, notadamente em relação aos títulos judiciais.

No ainda vigente CPC, a execução de sentença de pagar quantia contra as pessoas jurídicas de direito público demanda a propositura de ação autônoma, com a citação da Fazenda para embargar no prazo de 30 dias.

Apesar de todas as vantagens da técnica de cumprimento de sentença relativamente aos devedores comuns advindas com a edição da Lei nº 11.232/2005, a doutrina e a jurisprudência consideravam inaplicáveis as regras correspondentes à Fazenda Pública, face à existência de procedimento executivo específico no CPC de 1973, em seus arts. 730 e 731, e em função das exigências constitucionais relacionadas à expedição de precatórios e requisições de pequeno valor.

Não há dúvidas de que a inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos e, bem assim, o princípio da continuidade dos serviços de mesma natureza tornam indispensável o estabelecimento rito executivo próprio e diferenciado contra o Poder Público, que atenda aos comandos constitucionais pertinentes ao pagamento dos seus débitos, mas isso não pode ser utilizado como argumento impeditivo para a adoção do processo sincrético para fins de efetivação das decisões condenatórias das obrigações de pagar proferidas contra a Fazenda.

O sistema processual precisa ser coeso e harmônico, razão pela qual não faz o menor sentido a manutenção de técnicas executivas diferenciadas para sentenças de uma mesma natureza (condenatória de pagar quantia), ainda que os devedores sejam distintos e que haja peculiaridades procedimentais a serem atendidas, como decorrência de regras constitucionais ou legais.

Daí porque o novo Código de Processo Civil promove, enfim, a modificação da sistemática executiva em face da Fazenda Pública – de *ação de execução* para *fase de cumprimento de sentença* de pagar quantia – sem que isso implique qualquer violação às normas constitucionais relativas aos precatórios e às requisições de pequeno valor.

O cumprimento de sentença de pagar quantia contra as pessoas jurídicas de direito público, portanto, perfaz-se como as execuções em geral da mesma natureza: por meio de uma fase executiva, que se inicia após o trânsito em julgado da fase de conhecimento.

O início da execução depende de requerimento do credor, que deve apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, e a Fazenda será intimada para impugnar a execução no prazo de 30 dias.

Como se vê, não há mais petição inicial, citação e embargos; o procedimento foi simplificado e adaptado à sistemática geral das execuções, tornando-o mais célere e, certamente, mais efetivo.

O art. 534, §2º do novo CPC veda a imposição da multa pelo não cumprimento voluntário da condenação à Fazenda Pública. De fato, se os débitos do Poder Público, conforme o art. 100 da Constituição, devem ser feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, não há que se falar em cumprimento voluntário da condenação no prazo de 15

dias (art. 523 do CPC/2015). Mesmo em relação às requisições de pequeno valor, o novo CPC determina que seu pagamento seja efetuado no prazo de dois meses, motivo pelo qual seria também inviável o cumprimento voluntário no prazo do art. 523.

Apesar disso, especificamente quanto às execuções de pequeno valor, considerando que seu pagamento deve ser realizado voluntariamente, mais adequado e eficaz seria incidir a multa pelo descumprimento espontâneo dentro dos 2 meses definidos pelo art. 535, §3º, II do novo CPC, equiparando-se a Fazenda aos demais devedores ao menos no que pertine à incidência de uma sanção pecuniária em face do descumprimento voluntário da obrigação.

Importante ressaltar que o art. 534, §2º vedou tão somente a aplicação da multa em face do Poder Público, não os honorários, que serão cabíveis na fase de cumprimento de sentença, com a ressalva de que, no tocante às execuções não embargadas/impugnadas, não serão devidos honorários, nos termos do art. 1º-D da Lei 9.494/1997.

Essa exceção não se aplica às requisições de pequeno valor, conforme já decidido pelo STF, porquanto, nessa modalidade executiva, pode haver descumprimento voluntário do pagamento, diversamente do que ocorre nas execuções que demandam expedição de precatório, nas quais não há vontade de inadimplir. Assim, tratando-se de cumprimento de sentença de pagar cujo montante autorize o adimplemento por meio de requisições de pequeno valor, haverá incidência de honorários advocatícios, haja ou não impugnação por parte da Fazenda.

Para fins de expedição de precatórios e de requisições de pequeno valor, a Constituição estabelece a necessidade de trânsito em julgado da condenação, de modo que, oferecida a impugnação, esses atos executivos não serão praticados, havendo, destarte, efeito suspensivo.

No que concerne à impugnação, o rol de matérias arguíveis é considerado taxativo e não há maiores distinções no que se refere às execuções comuns, devendo-se destacar dois pontos apenas: a) se a Fazenda alegar excesso de execução, deverá apresentar o demonstrativo discriminado e atualizado do crédito com os valores e os critérios estabelecidos pelo art. 534, sob pena de não conhecimento da alegação; b) as causas modificativas ou extintivas da obrigação, segundo o art. 535, VI do novo CPC, devem ser *ulteriores* ao trânsito em julgado da sentença, o que se afigura compatível com o disposto no art. 100 da Constituição.

Na fase de cumprimento de sentença, é também possível o manejo pela Fazenda Pública da objeção/exceção de pré-executividade. Entrementes, considerando-se a simplicidade da impugnação e a inexistência de penhora ou outra forma de garantia do juízo, certamente será bastante incomum e

desnecessária a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade pelo Poder Público.

Considera-se parcialmente aplicável o art. 525, §11 do novo CPC à fase de cumprimento de sentença de pagar contra a Fazenda, mostrando-se viável a suscitação de questões relativas a fato superveniente após o final do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relacionadas aos atos executivos subsequentes (expedição de precatórios e requisições de pequeno valor), por meio de petição simples, no prazo de 15 dias, contado da ciência do fato ou intimação do ato.

O novo CPC nada dispõe a respeito, mas a regra continua sendo o não cabimento da execução provisória relativa às obrigações de pagar quantia contra a Fazenda Pública, embora a jurisprudência do STJ venha a admitindo, em algumas hipóteses, tais como: a) execuções ajuizadas antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 30/2000; b) início da execução provisória e a prática dos atos executivos até a fase dos embargos (a partir da entrada em vigor do novo CPC, até a impugnação); c) quando o trânsito em julgado do título executivo judicial carecer do julgamento de recurso interposto apenas pelo exequente, ante a incontrovérsia da dívida.

O § 4º do art. 535 do novo CPC permite a execução de valores incontroversos contra a Fazenda Pública, ao tratar da impugnação parcial e da possibilidade de cumprimento imediato da parcela não questionada pela executada, abarcando posicionamento jurisprudencial já pacificado no STJ, embora, nesse caso, entenda-se que não se trata de execução provisória, mas definitiva.

Finalmente, deve-se consignar que, no tocante às demais etapas procedimentais da execução de título judicial contra a Fazenda Pública concernentes à expedição de precatórios e requisições de pequeno valor, na edição do novo CPC, o Congresso Nacional manteve-se sensível à manutenção do regime específico, em respeito ao mandamento constitucional acerca do tema, que propicia segurança jurídica aos entes e, por que não dizer, resguarda o próprio cidadão, destinatário maior da atuação dos recursos públicos.

8. BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

- CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC**. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242886/000923094.pdf?sequence=1, capturado em 15.01.2015.

- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014.

- DALL´AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Sobre o sequestro constitucional.** In **Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, v. 3 – Execução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **A Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil**. In ADONIAS, Antonio; DIDIER JR., Fredie (coordenadores). **Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª série. Estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012, pp. 503/526.

- PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Times New Roman, corpo 11, sendo a tiragem de
200 exemplares,
capa impressa em papel Triplex 250 gr/m^2 e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m^2.
Produzido no Parque Gráfico da Nacional Gráfica e Editora - NGE,
em outubro de 2016.
Fone: (81) 3081.0454
www.ngegrafica.com.br