

REVISTA JURÍDICA **da Seção Judiciária de** **Pernambuco**



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 11
2018

REVISTA JURÍDICA **da Seção Judiciária de** **Pernambuco**



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 11
2018

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

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

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

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

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretários da Revista
FILIPE ISHIGAMI
LUANA SILVEIRA TUCCI

Revisão de Texto:
Mayoni Rafaely Maria da Silva Maia

Capa
ANA BEATRIZ NUNES DE AGUIAR

Arte da Capa
JÚLIA COSTA – Servidora Aposentada da JFPE

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

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

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 11
(2018) Recife, 2018

Anual

ISSN 1984 – 512X

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**

Corregedor

Desembargador Federal **Paulo Machado Cordeiro**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**

Desembargador Federal **Paulo Machado Cordeiro**

Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**

Desembargador Federal **Carlos Rebêlo Júnior**

Desembargador Federal **Rubens de Mendonça Canuto Neto**

Desembargador Federal **Alexandre Costa de Luna Freire**

Desembargador Federal **Élio Wanderley de Siqueira Filho**

Desembargador Federal **Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

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

Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Moura Florêncio
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Carlos Vinícius Calheiros Nobre

Juízes Federais Substitutos:

Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Guilherme Soares Diniz
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Lianne Pereira da Motta Pires Oliveira
Katherine Bezerra Carvalho de Melo
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Emanuel José Matias Guerra
Fernando Braz Ximenes
Rafael Tavares da Silva
Jaime Travassos Sarinho
Diêgo Fernandes Guimarães

SUMÁRIO

O NOVO E DIFERENCIADO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A QUESTÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO PREVIAMENTE ESTIMADO NAS LICITAÇÕES SOB O RDC¹

Ana Carolina Freitas de Barros Marques.....15

O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Bruna Fernandes Pereira de Carvalho.....57

LIMITAÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA IMPOSTAS PELO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL

Eduardo Victor de Assis Menezes.....87

SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO STF E O INDEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Fernando Gonzaga Jayme e Cirilo Augusto Vargas.....107

A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO MECANISMO DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA

Fernando Henrique Franco de Aquino 135

A ARRECADAÇÃO E APLICAÇÃO DAS RECEITAS DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS: O INTERESSE DA COLETIVIDADE EM FOCO

Gabriela Rogério Borella 159

O DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO PENAL E O NOVO CONCEITO DE CONTRADITÓRIO TRAZIDO PELO CPC/15 COMO TENTATIVA DE CONTENÇÃO DE DECISÕES PENAISSURPRESA QUANDO DA APLICAÇÃO DA EMENDATIO LIBELLI

Glenio Puziol Giuberti 177

A PROTEÇÃO DA IMAGEM NA ALEMANHA

Leonardo Estevam de Assis Zanini 203

COLHEITA DE DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS DURANTE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

Luiz Bispo da Silva Neto 239

AÇÃO MONITÓRIA: UMA ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE FORMAL E MATERIAL DAS SÚMULAS DO STJ COM AS PREVISÕES DO CPC/2015

Marco Aurélio Ventura Peixoto e Renata Cortez Vieira Peixoto 251

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO BOJO DAS EXECUÇÕES FISCAIS: PRAZO DE NATUREZA JURÍDICA MATERIAL OU PROCESSUAL?

Rainier Max Francilino Mendes.....283

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: UM DEBATE NECESSÁRIO

Ravi Peixoto.....301

A CENSURA TRAVESTIDA DE JOGO DE PALAVRAS NO JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO

Renato Luiz F. Dowsley de Moraes 335

MULTICULTURALISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO NA DEFESA DA IDENTIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

Thereza Maria Menezes Acioli Cavalcante.....359

A CONCESSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS DE EFETIVIDADE DE ORDEM JUDICIAL E O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/2015

Vinicius Silva Lemos 375

DEVIDO PROCESSO LEGAL: HISTÓRIA E CONTEÚDO

Vitor Galvão Fraga.....403

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento os trabalhos reunidos nesta 11ª edição da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, os quais oferecem ao leitor material de inquestionável qualidade, a auxiliar nas discussões em torno de temas palpitantes da atualidade.

Encontram-se nesta edição ponderações inovadoras e embasadas sobre assuntos que afloram do direito constitucional, mesclam-se pelo ramo do direito processual civil, interpenetram este com o do processual penal, permeiam o direito civil (seja no direito de família, seja nas suas repercussões nos contratos administrativos), passeiam pelo direito administrativo e ainda não se afastam do direito tributário, inclusive com apreciações focadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros. As considerações dos autores certamente proporcionarão reflexões aptas ao aprimoramento sempre desejado do Direito, dado o arcabouço de conhecimento por eles demonstrado, muitos, inclusive, pós-doutores, doutores, mestres ou pós-graduados, mas também graduandos, representantes de diferentes localidades da Federação.

Ainda se pode aqui desfrutar de análises realizadas por representantes de outras áreas do saber, como a médica, a propiciar uma visão multidisciplinar dos temas.

Os autores em geral focam inclusive em aspectos práticos, mas com sólido embasamento teórico, mostrando diferentes visões dos assuntos expostos, que possuam os juízes, servidores, advogados e demais operadores do direito.

Poderá o leitor, assim, efetivamente enriquecer seus conhecimentos e, com isso, cada vez sente-se mais estimulado o Conselho Editorial a aprimorar a seleção dessa tão importante divulgação da produção científica do Direito, focando em estabelecer sua aproximação com a prática diuturna da Justiça Federal, a fim, inclusive, de auxiliar na solução das mais diversas causas que se desenvolvem no Judiciário nacional.

Por conseguinte, merecem efusivos agradecimentos a Direção do Foro, os servidores e magistrados colaboradores, os autores dos trabalhos e toda a comunidade jurídica pela perpetuação constante da consolidação desta Revista, que há dez anos orgulha a Seção Judiciária de Pernambuco.

Amanda Torres de Lucena Diniz Araujo

Juíza Federal da 4ª Vara/PE

O NOVO E DIFERENCIADO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A QUESTÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO PREVIAMENTE ESTIMADO NAS LICITAÇÕES SOB O RDC¹

The New and Differentiated Regime for Contrating: The question of the (in) constitutionality of previously estimated budget stealth in biddings under the DRC

Ana Carolina Freitas de Barros Marques
Pós-Graduanda em Gestão Pública pelo IFPE
Especialista em Direito Público pela Faculdade ASCES
Advogada

RESUMO: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) tem o escopo de tornar as licitações do Poder Público mais eficientes, céleres e econômicas, sem que se afaste a transparência, o acompanhamento e fiscalização pelos órgãos controladores. Algumas de suas principais características são a contratação integrada, o estímulo ao desenvolvimento nacional sustentável e o sigilo do orçamento do procedimento licitatório. Portanto, aqui se vislumbra analisar a constitucionalidade do sigilo do orçamento previamente estimado nas licitações regidas sob o RDC, norma que está contida no art. 6º da Lei nº. 12.462/2011.

ABSTRACT: The Differentiated Public Procurement Regime (DRC) has the scope of making public biddings more efficient, faster and more economical, without departing from transparency, monitoring and inspection by the controlling bodies. Some of its main characteristics are the integrated contracting, the stimulus to sustainable national development and the secrecy of the budget of the bidding procedure. Therefore, it is envisaged here to analyze the constitutionality of the secrecy of the budget previously estimated in the bids governed under the DRC, a rule that is contained in art. 6 of Law no. 12,462/2011.

¹ Artigo científico elaborado com base em monografia de conclusão no Curso de Especialização em Direito Público, Turma IV, em 2015, na Faculdade ASCES, sob orientação da Profa. Msc. Roberta Cruz da Silva.

1 O NOVO E DIFERENCIADO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ORIGEM E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

1.1 INSTITUIÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)

O procedimento licitatório, há muito, permeia a atividade administrativa, conforme determinam o Texto Constitucional em vigor e vários diplomas legais. Consoante o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, é obrigatória a licitação para aquisições, alienações, obras e contratos de prestação de serviços, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes:

Art. 37, XXI, CF – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Além disso, a licitação também é obrigatória para a concessão e permissão de serviço público, assim como dispõe o art. 175, da Constituição Federal. Desta forma, a Lei nº. 8.666/1993 foi instituída com o objetivo de regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição, definindo as normas para licitação e contratos da Administração Pública.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 8.666/1993 dispõe os entes que são subordinados à licitação, quais sejam: órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No tocante às licitações realizadas pelas entidades da administração indireta, o art. 119 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe que as próprias entidades deverão editar regulamentos próprios, que devem ser publicados e aprovados pela autoridade de nível superior à que estiverem vinculados, estando sujeitos às disposições da Lei.

O art. 3º da referida Lei dispõe que a licitação tem como objetivo garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O art. 22, § 8º, da Lei nº. 8.666/1993 veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades já existentes no ordenamento jurídico. No entanto, é possível que esta criação seja feita por meio de lei federal específica, assim como ocorreu com a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Deve-se destacar que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos relativos à Administração Pública, conforme o art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) é um novo regime licitatório, que visa a tornar as licitações do Poder Público mais eficientes, céleres e econômicas sem afastar a transparência, o acompanhamento e fiscalização interna e externa pelos órgãos controladores.

Assim como consta no Portal Eletrônico da Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas, da Universidade Federal de Santa Catarina², o Regime Diferenciado foi inspirado nas regras de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos, nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como também na legislação que disciplina no Brasil as contratações por meio da modalidade pregão (Lei nº. 10.520/2002).

A primeira tentativa de instituição do Regime Diferenciado de Contratações se deu com a edição da Medida Provisória nº. 489, de 12 de maio de 2010, que “Autoriza a União a integrar, na forma de consórcio público e de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica – APO, e dá outras providências”.

No entanto, não houve acordo no Congresso Nacional para que a Medida Provisória fosse aprovada, restando na perda de eficácia desta, uma vez que não foi apreciada no prazo definido constitucionalmente.

Outras tentativas foram propostas por meio de apresentação de emendas às Medidas Provisórias nº. 503, de 2010, nº. 521, de 2010 e nº. 527, de 2011, sendo que somente esta última obteve aprovação pelo Congresso Nacional, tendo sido convertida na Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011, posteriormente modificada pelas Leis nº. 12.688, de 18 de julho de 2012, nº. 12.745, de 19 de dezembro de 2012 e nº. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015.³

² UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Portal Eletrônico da Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas**. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Oficina-38-Semana-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

³ RIBEIRO, Romiro. **O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. Disponível em: <<http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcanhar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído pela Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011 e é regulamentado pelo Decreto nº. 7.581, de 11 de outubro de 2011.

1.2 CAMPO DE APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O artigo 1º da Lei Federal nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I** – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
- II** – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III** – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
- IV** – das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- V** – das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)
- VI** – das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VII** – das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VIII** – das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- IX** – dos contratos a que se refere o art. 47-A – contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração Pública (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

Primeiramente, o Regime Diferenciado foi instituído para ser aplicado exclusivamente às licitações e contratos administrativos referentes à Copa do Mundo de 2014, às Olimpíadas de 2016 e aos aeroportos que seriam utilizados na Copa do Mundo.

Contudo, este campo de aplicação foi estendido para aeroportos de capitais dos Estados distantes até 350 km das cidades-sede do referido evento; para ações do Programa de Aceleração do Crescimento; obras de engenharia do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); como também para serviços de engenharia em estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e ações no âmbito de Segurança Pública, conforme as disposições contidas nos incisos IV, V, VI e VII, da Lei nº. 12.462/2011.

Ademais, a Lei nº. 13.190/2015 ampliou a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas para obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; aos contratos a que se refere o art. 47-A (contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração Pública). Além das hipóteses previstas no caput, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas também é aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (art. 1º, § 3º).

Sendo assim, considerando tais previsões inseridas posteriormente, é necessário frisar que a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas não se trata de alteração da Lei nº. 8.666/1993. Neste sentido, conforme preleciona Juliano Heinen:

(...) O que se quer dizer é que o RDC deverá ser paulatinamente adaptado, porque, de acordo com seu texto original, ele enfrenta dificuldades em servir para todo o tipo de licitações públicas. Em termos singelos, podemos dizer que o RDC teve por mote a aquisição de obras ou serviços complexos, sendo de pouca adaptação à compra de objetos simples (não que não se possa assim adquirir). Apesar disto, não temos dúvida de que temos em mão uma inovação positiva, mas que, para se tornar uma lei geral de licitações e de contratos, precisará muito mais do que isso.⁴

O que anteriormente só poderia ser utilizado nos eventos esportivos os quais o Brasil é país-sede, foi estendida a possibilidade de aplicação do RDC a

⁴ HEINEN, Juliano. **Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

outras obras da Administração Pública. Portanto, tendo em vista a competência da União de legislar sobre licitações e contratos da Administração, é imprescindível ressaltar que este Regime não pode ser utilizado em outros objetos que não estejam elencados pela lei, pois, assim como a lei define, a ampliação de seu objeto somente poderá ser feita pela União.

Os principais objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas consistem em ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, assim como está disposto no § 1º, I, II, III e IV do art. 1º da Lei nº. 12.462/2011.

A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº. 8.666/1993, exceto nos casos expressamente previstos na Lei nº. 12.462/2011 (art. 1º, § 2º).

Ademais, o art. 3º da mencionada Lei ainda preleciona que devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O RDC visa a desburocratizar algumas disposições contidas na Lei nº. 8.666/1993. Algumas de suas vantagens consistem na inversão de fases de habilitação e proposta, visto que na Lei de nº. 8.666/1993, primeiro verifica-se a habilitação dos interessados em participar da licitação, para em seguida, ser realizado o julgamento das propostas. Enquanto que nas licitações disciplinadas pelo Regime Diferenciado, há a possibilidade de primeiro julgar as propostas para posteriormente ser verificada a habilitação; a proibição de aditivos no caso de contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada; e a padronização de minutas de contratos (art. 4º, II, da Lei nº. 12.462/2011).

Embora o RDC tenha a pretensão de desburocratizar algumas disposições da Lei de Licitações, se faz mister observar algumas das suas inovações, como também os riscos que ele pode apresentar, visto que se trata de um tema contemporâneo no ordenamento jurídico e também é objeto de muitas discussões acerca de sua constitucionalidade, como também há dúvidas sobre sua eficiência.

1.3 INOVAÇÕES E DIVERGÊNCIAS RELATIVAS À APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Diante da recente ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado, é necessário que o Poder Público atue com cautela, obedecendo estritamente ao que está definido na lei, para que não viole as normas e princípios estabelecidos constitucionalmente. Neste diapasão, Renato Monteiro Rezende entende o seguinte:

(...) se era objetivo do Governo, com a aprovação do RDC, acelerar os procedimentos de contratação de obras e serviços para a Copa do Mundo e as Olimpíadas, a forma precipitada como se deu a instituição do novo regime, afastando-se o processo legislativo ordinário e descurando-se das normas constitucionais de distribuição de competências, pode, ao contrário do inicialmente previsto, operar em desfavor da celeridade pretendida, dando ensejo a disputas judiciais quanto à própria validade da nova Lei.⁵

Uma peculiaridade que é alvo de críticas no RDC é o sigilo do orçamento estimado para a contratação, que está disposto no art. 6º da Lei nº. 12.462/2011. Com fulcro nesse artigo, o administrador público poderá optar por atribuir caráter sigiloso ao orçamento que estimou para a despesa. Segundo o Poder Público, o sigilo torna as propostas mais competitivas. Entretanto, alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade desse sigilo, uma vez que ele pode facilitar fraudes no procedimento licitatório. Este tópico será melhor discutido no segundo capítulo desta pesquisa.

Um dos riscos que se destaca no Regime Diferenciado é a licitação baseada em anteprojeto, que diferentemente do procedimento adotado na Lei nº. 8.666/1993, não exige a apresentação do projeto básico, conforme os parâmetros legais impostos.

Portanto, sendo a licitação baseada em anteprojeto, não há como ter precisão do objeto, dos custos para Administração Pública e do prazo de execução das obras ou serviços que poderão contratados. Desta forma, é notável a dificuldade em avaliar a qualidade do objeto construído, como também enumerar as vantagens em relação às demais propostas.

O art. 9º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas disciplina sobre a contratação integrada, que compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as

⁵ REZENDE, Renato Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011**. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011, p. 57. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (§ 1º). Essa contratação integrada poderá ser utilizada, desde que seja técnica e economicamente justificada e seu objeto deve envolver, pelo menos, uma das condições a seguir: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Portanto, entende-se que por este regime de execução, ao invés de a Administração realizar o projeto básico e executivo, fica por responsabilidade do particular desempenhar tal serviço. De acordo com as disposições da lei, a obra é entregue pronta para ser usada.⁶

Nesta modalidade, a celebração de termos aditivos é vedada, exceto para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por caso fortuito, força maior ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte da empresa contratada, observados os limites do § 1º do art. 65 da Lei nº. 8.666/1993. (art. 9º, § 4º).

Contudo, essa contratação integrada sofre algumas críticas pelo fato de não oferecer aos participantes da licitação um projeto básico que demonstre as reais despesas e riscos do projeto que será executado.

Sobre esta incerteza, Romiro Ribeiro preleciona que ela pode comprometer o resultado da licitação. Veja-se:

Esta incerteza pode comprometer o resultado da licitação e também a conclusão da obra diante da possibilidade da ocorrência de eventos que impactam o custo da obra, mas que não foram adequadamente identificados e precificados por ocasião da licitação. A empresa, em razão do porte ou da situação econômico-financeira, poderá não suportar esse aumento de custos sem revisão contratual, o que a levará a sérias dificuldades financeiras, à falência ou ao abandono da obra, ou às três situações, não necessariamente nessa ordem.⁷

Outra inovação do Regime Diferenciado de Contratações é a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, que está contida no art. 10 da Lei nº. 12.462/2011. Esta norma já era prevista na Lei de Parcerias Público-

⁶ MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3152, 17 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015. p. 01.

⁷ RIBEIRO, Romiro. **O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. Disponível em: <<http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcanhar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

Privadas, em seu art. 6º, § 1º. De acordo com este dispositivo, na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Sobre a remuneração variável, Juliano Heinen entende o seguinte:

(...) tal ferramenta permite que o Poder Público premie com um valor adicional aquele contratante que cumprir certas metas de qualidade, estipuladas de maneira objetiva no instrumento convocatório. É uma espécie de incentivo para aquele contratante que se oferece para cumprir o acordado de maneira mais eficaz. Pode-se definir esses padrões, p. ex., a partir de níveis de qualidade, de prazos maiores ou menores no que se refere à entrega do objeto contratado, ou pela apresentação de planos de maior ou menor sustentabilidade, definidos na fase interna das licitações.⁸

O art. 12 da Lei do RDC determina a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral com o intuito de diminuir a burocracia e reduzir as despesas para os participantes da licitação. Esta inversão, no RDC, é adotada como regra geral, ou seja, primeiro as propostas ou lances são apresentados e posteriormente há a verificação da habilitação somente do licitante vencedor. Importante destacar que a aplicação do sistema adotado pela Lei de Licitações, que consiste na habilitação antecedendo a abertura das propostas, exige motivação e deve haver previsão expressa no instrumento convocatório (art. 12, parágrafo único). Nesse diapasão, Rafael Carvalho Oliveira e Rafael Vêras de Freitas têm o seguinte entendimento:

Esses requisitos criam um ônus para o gestor público, caso opte pela adoção do procedimento convencional consagrado na Lei nº 8.666/93. Entende-se como salutar a referida inovação legislativa, uma vez que se, por um lado, essa faculdade permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional, de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, de outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros mundialmente consagrados de eficiência nas contratações administrativas.⁹

⁸ HEINEN, Juliano. **Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 69.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

Conforme o art. 16 do RDC, nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento. Essa combinação visa a estimular a concorrência entre os licitantes e aumentar os ganhos da Administração Pública. Além disso, ainda possibilita a apresentação de lances intermediários durante a disputa aberta (art. 17, § 2º, I) e a reabertura da disputa aberta após definição da melhor proposta (art. 17, § 2º, II).

Os contratos de eficiência são que têm por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23, § 1º). Essa norma tem o escopo de selecionar a proposta de prestação de serviço que ofereça a maior economia para o Poder Público decorrente da execução do contrato. Sendo assim, é importante destacar que os riscos são assumidos pela empresa contratada, o que consequentemente interfere em sua remuneração.

Caso a economia prevista no contrato de eficiência não seja gerada, o § 3º, I, II e III do referido artigo define as consequências: a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

De acordo com o art. 31 do RDC, os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo. Esse registro cadastral consiste em uma “(...) anotação do desempenho contratual do licitante no respectivo registro cadastral. A intenção do legislador é incrementar as informações constantes do registro para que passe a ser utilizado como fonte de consulta para as futuras contratações”.¹⁰

Por fim, oportuno mostra-se destacar outra inovação acerca do RDC, que concerne no fato de que caso haja desistência do primeiro colocado, poderá

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

haver convocação de licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório (art. 40, parágrafo único).

Do exposto, aqui foram elencadas algumas das mais importantes inovações do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, as quais têm o objetivo de tornar mais célere, econômico e moderno o procedimento licitatório para compras de bens, serviços e obras da Administração Pública. É cediço que alguns mecanismos adotados pelo Regime proporcionam a desburocratização vislumbrada, como é o caso da inversão de fases de habilitação e julgamento.

Não obstante, é necessário que o Poder Público pondere os aspectos positivos e negativos do Regime Diferenciado de Contratações, de modo que possa aprimorar a Lei nº. 8.666/1993 visando a, principalmente, lograr êxito nas contratações públicas, garantindo maior economicidade à Administração Pública.

Por conseguinte, considerando que o RDC, em relação ao procedimento licitatório regido pela Lei nº. 8.666/1993, ainda é um Regime muito recente no ordenamento jurídico pátrio, para que se verifique sua eficiência, é indispensável que o Poder Público desenvolva um controle efetivo desde o planejamento, como da fiscalização e execução do que foi proposto, sem olvidar que, quando um regime é flexibilizado, com o intento de alcançar um nível maior de eficiência e economicidade e desenvolvimento sustentável nacional, é imprescindível os mecanismos de controle sejam aprimorados.

2 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O regime jurídico administrativo dispõe sobre prerrogativas e restrições às quais a Administração Pública se sujeita. Estas prerrogativas e restrições regem todas as atividades da Administração e orientam, principalmente, o Direito Administrativo. Essas definem a supremacia do interesse público perante o particular, e aquelas limitam a atividade administrativa, já que esta atividade

deve obedecer a algumas normas para que não haja desvio de poder nem de finalidade.¹¹

Oportuno destacar que os princípios constitucionais são autônomos e têm a mesma força das normas jurídicas que integram a Constituição Federal e, portanto, devem ser aplicados independentemente de regra jurídica, com o intento de evitar ao máximo que existam lacunas no Texto Constitucional.

Levando em consideração a aplicabilidade dos princípios, o caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 define expressamente que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No entanto, apesar de o princípio da publicidade estar expresso no caput do art. 37, no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, existem normas que limitam a aplicação do princípio da publicidade. O referido inciso dispõe o seguinte: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Ademais, Maria Sylvia Di Pietro¹² sustenta que o inciso LX deve ser combinado com o inciso X, XI e XII do mesmo artigo, pois o primeiro protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; o segundo dispõe sobre a inviolabilidade do domicílio, pois ninguém pode nele adentrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; enquanto que o terceiro preleciona sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sobre a publicidade que rege as atividades da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho compreende que:

Nunca é demais frisar que os atos do Estado devem estar abertos a todos, ou seja, são atos públicos e, por tal motivo, devem ser franqueados a todos. Licitação sem publicidade revela-se simplesmente um zero jurídico. Lembra-se aqui, por oportuno, que a publicidade é um princípio republicano e remonta à res publica, indicativa da coisa pública, coisa de todos.¹³

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 72.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 250.

Os instrumentos utilizados para concretizar o direito à informação estão expressos na Constituição Federal como remédios constitucionais, no art. 5º, incisos LXXII e LXIX; o primeiro, trata-se do habeas data, que é cabível para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; já o segundo, o mandado de segurança, protege o direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Além de estar expresso na Constituição Federal, o princípio da publicidade também é disciplinado em leis infraconstitucionais, como é o exemplo do art. 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei nº. 9.784/1999, o qual preceitua sobre a obrigatoriedade de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas no Texto Constitucional.

Oportuno notar que a publicidade poderá ser restringida quando atentar contra a intimidade, vida privada, honra e a segurança nacional. É cediço dizer que não há sigilo absoluto, o que ocorre é que os atos da Administração Pública serão sigilosos desde que sejam devidamente justificados.

Por conseguinte, é cediço dizer que é por meio do princípio da publicidade que se torna possível a fiscalização estatal em qualquer âmbito federativo, já que é a partir dele que a Administração Pública tem a obrigação de divulgar amplamente seus atos e demonstrar a transparência de suas atividades. Nesse diapasão, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco têm a seguinte compreensão:

(...) a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não-governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.¹⁴

Ante o exposto, relevante se mostra a promulgação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº. 12.527/2011), que regula o acesso às informações, concretiza o direito à informação sobre os atos da Administração Pública e o dever de transparência em todos os níveis da federação, respeitando os limites impostos no Texto Constitucional. Exemplo disso é a criação dos Portais da Transparência, seja no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1036.

Destarte, é imprescindível frisar que a implementação desta prática permite que os cidadãos exerçam de forma efetiva o controle social das atividades estatais, principalmente no tocante às despesas das prestações de serviços.¹⁵

2.2 AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1993) considera expressamente alguns princípios básicos que norteiam o procedimento licitatório, os quais estão elencados no caput do art. 3º da referida lei:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, **da publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. **(grifo nosso)**

Além disso, consoante o § 3º da Lei nº. 8.666/1993: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**”.

Cumpra ressaltar que este dispositivo trata da regra fundamental a qual rege o procedimento licitatório, que consiste na publicidade de todos os atos, considerando que a licitação deve ser amplamente divulgada, pois quanto maior a publicidade, maior o número de interessados no certame, consequentemente, podendo restar mais vantajosa a proposta vencedora. Contudo, a exceção a que o dispositivo se refere versa sobre as propostas apresentadas pelos participantes da licitação, que deve ser mantido o sigilo do seu conteúdo até a abertura dos envelopes em sessão pública.

Ainda sobre o acesso do público ao procedimento licitatório, o art. 4º define que qualquer cidadão pode acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

O art. 21 dispõe que os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência e o § 4º determina que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1036.

Ainda tratando da publicidade, outro exemplo posto no art. 39 da mesma Lei, estabelece que quando o valor da licitação for superior ao limite previsto na própria Lei, o procedimento licitatório deverá ser iniciado por audiência pública, que deve ser divulgada pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Outro aspecto que deve ser destacado é o que está disposto no art. 40, da Lei nº. 8.666/1993, que determina regras cujo edital deve obedecer, como por exemplo: a indicação do número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta. Importante ressaltar a regra contida no § 2º, II do referido artigo, destacando que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deve fazer parte dos anexos do edital da licitação.

Divergindo principalmente desta última regra estabelecida na Lei de Licitações Públicas, adentrando especificamente no tema objeto desta pesquisa, oportuno se mostra o art. 6º da Lei nº. 12.462/2011, dispondo que o orçamento das licitações geridas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas é sigiloso e somente será disponibilizado ao público ao final do procedimento. Destarte, cumpre ressaltar que muitos consideram que este dispositivo restringe a publicidade do procedimento licitatório.

2.3 O ORÇAMENTO PREVIAMENTE ESTIMADO NO RDC: COMPREENSÕES ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE OU CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO

A regra do orçamento sigiloso das licitações realizadas por meio do RDC estabelecida no art. 6º da Lei nº. 12.462/2011 é um aspecto bastante polêmico desde sua implementação no ordenamento jurídico, pois já que difere de uma regra imposta na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, esta norma é objeto de questionamentos acerca de sua validade.

O art. 6º determina que o orçamento previamente estimado para as contratações públicas será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento

convocatório. (§ 1º); no caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório (§ 2º); e se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno (§ 3º).

Alguns críticos aduzem que orçamento sigiloso adotado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas é inconstitucional, sob o argumento de que esta prática atenta contra o princípio da publicidade expresso no caput do art. 37 da Constituição pátria e no art. 3º da Lei nº. 8.666/1993.

Um exemplo que ilustra esta afirmação é a ADI nº. 4.645, ajuizada pelos partidos políticos PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), DEM (Democratas) e PPS (Partido Popular Socialista) pleiteando a inconstitucionalidade não só do RDC, como também do art. 6º da referida Lei.

Márcio Cammarosano entende que o argumento utilizado para justificar a instituição do sigilo do orçamento previamente estimado é a necessidade de impedir o conluio entre os participantes da licitação:

Estes, sabendo de antemão quais os valores orçados pela Administração, e por ela assim fixados, como referenciais para decisões que venha a tomar em face do que for proposto pelos que acorrem ao certame, poderiam, de comum acordo, acertarem-se quanto aos valores a consignarem em suas respectivas propostas, para a consecução dos resultados que almejam, deixando cada qual, de disputar diretamente o objeto do certame, como seria mister, apresentando preços que lhe fossem realmente factíveis em razão de seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação.¹⁶

Entretanto, o autor considera que este argumento é insidioso, pois sendo o orçamento sigiloso ou não, sempre poderá haver combinação entre os participantes da licitação, tendo em vista que a Administração Pública somente pode elaborar o orçamento prévio de acordo com os valores vigentes no mercado, que evidentemente, são do conhecimento das empresas do ramo. Além disso, para ele, sempre haverá risco de quebra de sigilo por parte de algum integrante dos órgãos de controle interno ou externo, visando à oportunidade de enriquecer-se, ainda que o faça de modo ilícito.

Ainda abordando o entendimento de Cammarosano, o orçamento estimado permanecerá sigiloso aos participantes da licitação até o esgotamento

¹⁶ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº. 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 52 e 53.

da fase recursal, já que este é o momento em que o procedimento licitatório se dá por encerrado, previsto no art. 28 da Lei do RDC. Após o esgotamento do procedimento, ainda é possível o saneamento de irregularidades, anulação total ou parcial da licitação por vício insanável, revogação do procedimento por motivo de conveniência e oportunidade, adjudicação do objeto e homologação a licitação (art. 28, I, II, III e IV, da Lei nº. 12.462/2011).

Na opinião do referido autor, esse sistema não se ampara à luz do princípio da razoabilidade, revelando-se fruto uma precipitação legislativa, que enseja inconsistências e tumultos procedimentais que o regulamento editado só faz agravar. Ainda defende que esta prática é atentatória aos princípios do contraditório e ampla defesa, pois os licitantes terão a possibilidade de recorrer de decisão que tenha desclassificado suas propostas tendo o orçamento como um parâmetro prévio, contudo, este orçamento para eles ainda será desconhecido. Assim sendo, defende que esta disciplina é definitivamente desarrazoada, assemelhando-se a um jogo de esconde-esconde, que infringe o devido processo legal, o direito ao contraditório e ampla defesa, sendo, portanto, inconstitucional.¹⁷

Deste mesmo modo, de acordo com a compreensão de Roberto Dias e João Paulo Ferreira¹⁸, a restrição da publicidade no art. 6º do RDC não é um meio hábil de modo a evitar possíveis fraudes e conluios nas licitações realizadas sob o Regime. Além disso, de acordo com seu entendimento, essa mitigação do art. 6º não está em consonância com as proposições exclusivamente trazidas no Texto Constitucional e pela Lei de Acesso à Informação. Em suas palavras:

(...) a edição da Lei nº. 12.462/2011, ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, perpetrar, em uma série de dispositivos, ofensas aos preceitos constitucionais que balizam a atividade licitatória do Estado – **especialmente no campo da publicidade administrativa** –, fatalmente maculando-o de forma irremediável.¹⁹

Por outro lado, alguns autores defendem a constitucionalidade desta norma jurídica, já que o legislador adotou esta medida justificando que esta prática pode evitar o superfaturamento de obras e serviços, bem como dificultar

¹⁷ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº. 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 54 e 55.

¹⁸ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A Publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69.

¹⁹ _____. p. 71.

uma conspiração entre os concorrentes da licitação. Além disso, os autores que defendem a constitucionalidade do orçamento sigiloso entendem que a prática não é ofensiva ao princípio da publicidade e da transparência. Nesta linha de raciocínio, Rafael Carvalho sustenta o seguinte:

A necessidade de modificação da regra tradicional de licitação, com a previsão do orçamento sigiloso, sempre foi defendida por parcela da doutrina, especialmente para evitar que a divulgação do orçamento influenciasse a elevação dos valores constantes das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, dado que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes.²⁰

Ademais, apesar de os princípios constitucionais terem aplicabilidade imediata e força de normas jurídicas, ainda há que se ressaltar que estes devem ser analisados tecnicamente antes de sua aplicação, de modo que não prejudique a finalidade pretendida, pois como em todos os casos, é necessário que haja uma ponderação dos princípios, levando em consideração que o orçamento previamente estimado tem o escopo de dar mais competitividade à licitação. Neste sentido, Marcos Nóbrega estabelece que:

(...) devemos assentar que não vemos qualquer amesquinamento do princípio constitucional da publicidade. O direito brasileiro, principalmente a partir dos anos 90, passou a supervalorizar a idéia dos princípios, colocando-os como elementos máximos do sistema. Essa supervalorização ensejou uma espécie de “vale tudo” jurídico, ou seja, ou “tudo pode” ou “nada pode”. Os princípios muitas vezes são invocados sem devida análise técnica, determinando um “senso comum” jurídico que acaba por atrapalhar os melhores objetivos buscados. O princípio da transparência é relativo e não absoluto. Assim, dependendo dos objetivos perseguidos e dos custos envolvidos, vale a pena postergá-lo, com vistas a melhorar as regras do jogo dando mais competitividade ao certame.²¹

Um dos mais importantes argumentos utilizados pelos que defendem a constitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 12.462/2011 é a segurança jurídica, para que a licitação não seja prejudicada, tendo em vista que a Administração Pública deve ponderar a aplicação dos princípios, considerando que o orçamento não será de todo secreto, pois sua publicação se dará logo após o esgotamento do procedimento licitatório. É o que preleciona André Guskow Cardoso:

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 162.

²¹ NÓBREGA, Marcos. *O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/> REDE-42-ABRIL-2015-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

A mitigação da publicidade deve-se dar na medida estritamente necessária para assegurar a proteção do valor constitucionalmente protegido buscado pela medida concreta a ser adotada. Em termos gerais, isso significa que a publicidade do ato poderá ser postergada para momento posterior à sua prática ou à concretização de seus efeitos. Jamais, porém, poderá ser totalmente suprimida.²²

Ademais, Juliano Heinen ressalta que o sigilo do orçamento previamente estimado não é uma inovação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, já que a Lei do Pregão (Lei nº. 10.520/2002) dispensa a publicidade da estimativa de custos no seu procedimento. Não menos importante, deve-se frisar que o TCU já havia dispensado esta exigência acerca da publicidade nos Acórdãos nº. 392/2011 e nº. 2.080/2012. Além destes, no Acórdão nº. 1.312/2009, Pleno, a decisão consiste na permissão do orçamento sigiloso nas contratações realizadas com o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) – Banco Mundial. Isto posto, no entendimento do autor: “(...) compreende-se, assim, que eventual discussão sobre a ilegalidade ou sobre a inconstitucionalidade desta vedação já foi superada quando do debate acerca da necessidade de se ter estimativa de custos no pregão”.²³

Ainda sobre a questão aqui abordada, é imprescindível observar que não existe uma regra específica no Texto Constitucional determinando a obrigação da Administração Pública em dar publicidade prévia do orçamento estimado juntamente com o edital da licitação. A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos instituiu esta exigência, o que não impede a Lei do RDC – que regula uma modalidade diversa das que constam na Lei nº. 8.666/1993 – de instituir regra divergente no que concerne ao tema.

Outra justificativa que é favorável à constitucionalidade do orçamento sigiloso consiste no incentivo à redução de valores, já que os participantes da licitação não sabem de antecipadamente qual o orçamento estimado pela Administração Pública para o objeto da licitação. Neste íterim, é oportuno consignar o entendimento de André Guskow Cardoso sobre este assunto:

²² CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº. 58, dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

²³ HEINEN, Juliano. Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

Como os licitantes não sabem quais serão as propostas formuladas pelos demais, há incentivo adicional à redução dos preços – evidentemente, dentro de certos limites. Um determinado licitante jamais terá como saber – a não ser no caso de conluio, que corresponderá a uma distorção da disputa, um ato ilícito punível segundo a legislação – qual o parâmetro que está sendo observado pelos demais na formulação de suas propostas. Quando o orçamento estimado é previamente divulgado, há um parâmetro inicial que é considerado por todos os licitantes, correspondente ao valor inicialmente divulgado pela Administração.²⁴

Desta maneira, ainda neste liame, também é conveniente considerar o posicionamento de Ângelo Henrique Lopes da Silva, que realizou uma pesquisa baseada em estatísticas, utilizando vários métodos para a obtenção dos resultados.

Logo, para ele, nas licitações realizadas pelo Regime Diferenciado de Contratação, quanto maior for o orçamento estimado, maior será a probabilidade de os custos serem reduzidos tendo o orçamento sigiloso na licitação. Considerando que a Administração Pública tende a adotar orçamentos estimados mais elevados do que a faixa de preços adotada pelo mercado, por não conhecer tão bem o mercado como os participantes da licitação, adotando o orçamento sigiloso, este poderia garantir um resultado mais vantajoso para a Administração Pública, sobretudo economicamente falando, tendo em vista que esta tem a possibilidade de ter menores custos na aquisição de bens, obras e serviços.²⁵

Como já foi dito anteriormente, o orçamento sigiloso foi instituído no RDC não sendo uma novidade, pois o mesmo já estava presente na legislação brasileira desde a Lei do Pregão, que foi editada quase dez anos antes. Além do que, este modelo foi adotado seguindo orientações editadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que proíbe o conluio entre os concorrentes da licitação, prática esta considerada criminosa em alguns países, e em outros, infração penal:

Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. Esses preços mínimos não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.²⁶

²⁴ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 58, dezembro de 2011**. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

²⁵ SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. **XVI Prêmio Tesouro Nacional – 2011**. Tema II: Economia e Contabilidade do Setor Público. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

²⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas. Fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

Renato Rezende²⁷ realizou uma pesquisa comparada acerca das licitações e a divulgação de seus orçamentos. De acordo com este levantamento, é importante destacar que na França, o Código de Contratos Públicos (Code des Marchés Publics), nos arts. 40, V, e 150, V, preleciona que o ente ou órgão contratante não tem a obrigação divulgar, no edital de licitação para a contratação de obras, serviços ou fornecimentos, o valor previamente estimado das prestações esperadas. Respondendo a uma questão escrita formulada pelo Senado Francês, o Ministro da Economia reiterou que a divulgação do preço estimado dos contratos no edital de licitação, nos termos do referido Código de Contratos Públicos, realmente não se configura como uma obrigação.

De acordo com a pesquisa realizada, nos Estados Unidos, a Federal Acquisition Regulation (FAR), regulamento que orienta os procedimentos de contratações referentes ao Governo Federal, prevê, na Seção 36.203 (d), que o acesso às informações atinentes ao orçamento elaborado pela Administração Pública, no tocante aos contratos de obras que serão celebrados, deve-se limitar somente aos funcionários cujos deveres prescindem tal conhecimento, permitido o sigilo em relação aos serviços especializados, durante as negociações do contrato, na medida considerada necessária para que se chegue a um preço justo e razoável.

De todo modo, essa norma proíbe a divulgação do valor global do orçamento governamental, salvo se permitido pela legislação do órgão.

A Seção 36.213-2 da FAR, no que se refere aos avisos de licitações para contratar obras, determina que estes contenham detalhes suficientes acerca da natureza e do volume da obra, inclusive a faixa estimada de preço. As faixas de preço estão fixadas na Seção 36.204 da FAR, a qual dispõe que, em nenhuma hipótese, os dados sobre a magnitude da obra, incluindo a faixa de preço indicada, podem revelar o valor do orçamento prévio da Administração.

Por outro lado, na União Europeia, os Estados-Membros devem se adequar às normas constantes na Directiva nº. 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

²⁷ REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoespublicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

No exemplo de Portugal, o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº. 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, prevê a divulgação dos preços estimados das contratações no anúncio de pré-informação. Além disso, deve constar no caderno de encargos o valor do orçamento estimado como parâmetro para as contratações.

O mesmo ocorre na Espanha, de acordo com o Anexo II do Decreto Real nº. 817/2009, de 08 de maio de 2009 (Boletín Oficial del Estado nº. 118, de 15 de maio de 2009, p. 41.253), o qual dispõe que o valor dos orçamentos estimados para as contratações públicas devem constar nos editais das licitações.²⁸

Diante dos argumentos aqui expostos, é notório perceber que a questão acerca da (in)constitucionalidade e possibilidade de aplicação do orçamento sigiloso no Regime Diferenciado de Contratações Públicas ainda permeia muitas discussões entre os estudiosos desta temática. Portanto, compete destacar que é imprescindível que a Administração Pública atue com cautela em relação aos concorrentes da licitação e realize com frequência uma fiscalização interna e externa, para que se verifique a viabilidade deste dispositivo em relação à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E SUA APLICAÇÃO NOS PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 é a Lei Fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. É por meio de suas normas, princípios e valores que o Estado organiza sua forma de governo e regula todas as suas atividades. É cediço que os fundamentos do controle de constitucionalidade têm uma relação direta com a supremacia do Texto Constitucional, tendo em vista que por meio de sua realização é viável evitar a supressão de normas constitucionalmente impostas por outras que sejam hierarquicamente inferiores, bem como evitar a

²⁸ Todas as informações aqui elencadas sobre o orçamento previamente estimado nas licitações no Direito Comparado foram retiradas de uma pesquisa realizada por Renato Monteiro Rezende, que está disponível em: REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoespublicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

modificação de normas dispostas como cláusulas pétreas. O advento do controle de constitucionalidade propiciou a proteção e garantia dos direitos fundamentais, como também uma melhor organização dos Estados.

O controle de constitucionalidade é o meio prático utilizado para efetivar a supremacia constitucional, de modo que é possível fiscalizar a (in) constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico. Além do mais, a partir deste meio pode-se delinear limites ao Poder Estatal, como também garantir o processo democrático num Estado de Direito.²⁹

O controle concentrado de constitucionalidade, também chamado de controle direto ou abstrato, surgiu com a Emenda Constitucional nº. 16, de 06 de dezembro de 1965, feita à Constituição Federal de 1946, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, que deve ser apresentada por meio do Procurador-Geral da República.

Nesse tipo de controle não há conflito de interesses entre as partes, o que se discute, na verdade, é a validade da lei no ordenamento jurídico vigente. Deste modo, Luís Roberto Barroso entende que:

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido ao seu caráter institucional – e não de defesa de interesses –, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição. Todavia, poderá servir, também, para a declaração pela corte constitucional da inconstitucionalidade de uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Lei Maior.³⁰

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado, por via principal, ser instrumentalizado em quatro ações específicas:

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (EC nº. 16/1965; art. 102, I, “a”, da Constituição e Lei nº. 9.868/1999);
2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (art. .. 103, § 2º da Constituição Federal de 1988 e capítulo 12-A a 12-H da Lei nº. 9.869/1999);

²⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 721.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 51-52.

3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (art. 102, § 1º, da Constituição Federal e Lei nº. 9.882/1999) e
4. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (EC nº. 03/1993; art. 102, I, “a”, da Constituição e arts. 13 a 21 da Lei nº. 9.868/1999).

Cumprе ressaltar que, conforme Walber Agra, uma vez proposta qualquer das ações do controle concentrado de constitucionalidade, não caberá desistência do pedido em respeito ao princípio da indisponibilidade.³¹

Consoante o art. 103 da Constituição Federal, os sujeitos que têm legitimidade para ajuizar no Supremo Tribunal Federal as ações do controle concentrado de constitucionalidade são:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB); VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Compete destacar que estes legitimados, antes de propor as referidas ações, devem preencher o requisito da pertinência temática, a qual é “definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”.³²

O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já têm essa pertinência temática presumida, de modo que não precisam comprová-la. Deste modo, as autoridades, Mesas e entidades aqui elencadas são denominadas legitimados universais.

Ainda sobre a pertinência temática, faz-se mister ressaltar que além dos legitimados universais, existem os legitimados especiais, ou seja, aqueles que prescindem de comprovação da pertinência temática no momento da propositura da ação. São estes: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Confederação Sindical e a Entidade de classe de âmbito nacional. Caso não haja tal comprovação, a ação pode não ser conhecida por ausência de legitimidade *ad causam*.³³

³¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 785.

³² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 760.

³³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 1097.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela EC nº. 16/1965, posteriormente disciplinada no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988. Além disso, foi regulamentada pela Lei nº. 9.868/1999, como também nos arts. 169 a 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A ADI é utilizada para questionar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, desde que sejam pós-constitucionais. Neste sentido, Alexandre Moraes entende que:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.³⁴

As decisões prolatadas em ADI, em regra, possuem eficácia *ex tunc*, ou seja, a eficácia é retroativa, produzindo efeitos em situações anteriores à decisão prolatada; também têm efeitos *erga omnes*, que é oponível contra todos; e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único, Lei nº. 9.868/1999). O efeito vinculante não abrange os Poderes Executivo e Legislativo quando estão na função de legislar.

Não obstante, deve-se destacar que mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, com fulcro no art. 27 da Lei nº. 9.868/1999, os efeitos poderão ser *ex nunc*, ou seja, só serão produzidos a partir da data do trânsito em julgado da decisão, ou ainda, poderá haver a modulação temporal dos efeitos, na qual o Supremo Tribunal Federal pode estipular uma data para que a decisão produza seus efeitos. Ressalte-se que esta medida é adotada levando em consideração razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, devendo o STF deliberar pelo quórum mínimo necessário por maioria de dois terços de seus membros (oito Ministros).

Ademais, o art. 11, § 2º, da Lei nº. 9.868/1999, trata dos efeitos da medida cautelar em ADI: “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”. Isto é, caso não haja nenhuma ressalva, pode-se reconhecer a existência do efeito *reپرstinatório*.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 763.

Sobre o efeito repristinatório, impende destacar o Recurso Especial nº. 517789 AL 2003/0048959-1, que teve como Relator o Ministro João Otávio de Noronha, o qual preconiza o seguinte:

4. Sendo nula e, portanto, desprovida de eficácia jurídica a lei inconstitucional, decorre daí que a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios, que irão atingir, inclusive, a cláusula de revogação, seja ela expressa ou implícita, a não ser que o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da medida.

5. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade **não se confunde com a repristinação** prevista no artigo 2º, § 3º, da LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, sequer há revogação no plano jurídico. (grifos nossos)

(STJ - REsp: 517789 AL 2003/0048959-1, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 08/06/2004, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2005 p. 236).

Face as considerações acima aduzidas acerca do controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação direta, oportuna mostra-se a análise das ADIs que tramitam no STF contra a instituição do RDC.

3.2. AS ADIS E ARGUMENTOS QUE QUESTIONAM A CONSTITUCIONALIDADE RDC E O SIGILO DO ORÇAMENTO PREVIAMENTE ESTIMADO

Atualmente, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal contra a constitucionalidade da Lei nº. 12.462/11, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A primeira ação ajuizada no STF é a ADI nº. 4.645/DF³⁵, proposta pelos seguintes partidos políticos: PSDB, DEM e PPS. A segunda é a ADI nº. 4655/DF³⁶, que tem como autor o procurador-geral da República, Roberto Gurgel. Esta ADI foi distribuída por prevenção para o Ministro Luiz Fux, já que foi ele quem recebeu a primeira ADI (ADI nº. 4.645/DF) ajuizada contra o RDC.³⁷

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.655/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em impugnação à Lei nº. 12.462/2011, de 05 de agosto de 2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

³⁷ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 457.

As duas ações têm basicamente o mesmo objeto. Elas apontam a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº. 12.462/2011, a começar da conversão da MP nº. 527/2011 em Lei, como também no que se refere à contratação integrada e à remuneração variável para obras e serviços públicos.

De acordo com o PGR, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas possui vício formal, pois a inclusão de matéria estranha à tratada na Medida Provisória nº. 527/2011 afronta o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes. O mesmo argumento é trazido pelos partidos políticos, pois justificam que houve abuso no poder de emendar por parte do deputado José Guimarães (PT/CE), relator da referida Medida Provisória, já que inicialmente ela não tratava sobre licitações e contratos públicos.

A priori, a Medida Provisória nº. 527/2011 dispunha apenas sobre a organização da Presidência da República e dos seus Ministérios, como também sobre a criação da Secretaria da Aviação Civil; a alteração da lei da ANAC e da Infraero; a criação de cargos em comissão e acerca da contratação de controladores de tráfego aéreo.

Neste diapasão, relevante transcrever um trecho da ADI nº. 4.645/DF, que condena a inclusão de matéria estranha à tratada inicialmente na MP nº. 527/2011:

Ao se sujeitar à possibilidade de sofrer emendas, as medidas provisórias sujeitam-se também aos mesmos limites e restrições que a estas se aplicam. E uma das restrições aplicáveis é a necessária pertinência lógica entre o objeto da emenda e o texto normativo emendado. As emendas não devem ter conteúdo estranho à proposição normativa a que se referem. Devem observar pertinência temática com o texto originário da medida provisória, uma vez que o Parlamento não pode se desviar dos temas que foram normatizados originalmente pelo presidente da República, sob pena de produzir alteração inconstitucional na proposição.³⁸

No que se refere à ADI nº. 4.645/DF, os partidos que propuseram a ação defendem que há violação dos arts. 22, XXVII e 37, XXI da Constituição Federal, que dispõem sobre a competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos administrativos, como também disciplinam a obrigatoriedade de licitação como princípio fundamental da Administração Pública.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&ti po=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

Ainda sobre as alegações dos partidos, segundo os fundamentos da ADI, a Lei do RDC não obedece aos princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

Outro argumento utilizado pelos partidos é que as inconstitucionalidades dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, preponderantemente aos seguintes artigos: o que delega ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável (art. 1º e 65 da Lei nº. 12.462/2011); o art. 6º, § 3º, que estabelece a presunção de sigilo do orçamento das obras; o art. 9º, que permite a contratação integrada para a realização de obras e serviços de engenharia; o art. 10, que estabelece remuneração variável para obras e serviços públicos e o art. 15, § 2º, que dispensa a publicação em diário oficial.³⁹

No tocante à inconstitucionalidade do sigilo do orçamento previamente estimado, cerne desta pesquisa, a ADI disciplina o seguinte:

De acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana qualquer disposição que venha em sentido oposto.

É de se perceber também que a presunção de sigilo criada pelo § 3º do art. 6º elide ainda o dever constitucional de motivação dos atos jurídicos do Poder Público.

[...]

O dever de motivação dos atos do Poder Público é de estatura constitucional, assim como o dever de transparência nas ações públicas. Mitigá-lo ou excepcioná-lo por lei ou outro ato normativo infraconstitucional viola a Constituição em vigor.⁴⁰

Não se pode olvidar que a constitucionalidade de muitos dispositivos é questionada em ambas ações, como também por alguns autores do Direito Administrativo, como já foi exposto em capítulo anterior. No entanto, é imprescindível destacar que até o final desta pesquisa, ambas ações estão pendentes de decisão cautelar quanto de mérito na Suprema Corte.

Sem embargo, deve-se destacar que o Tribunal de Contas da União (TCU), que até então sustentava a inconstitucionalidade do sigilo temporário de informações no RDC, ao apreciar o recurso interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, evoluiu no seu posicionamento e aprovou pela constitucionalidade desse dispositivo. Importante transcrever trecho de manifestação do TCU, a qual está contida no relatório do Acórdão nº. 1.312/2009 – Plenário:

³⁹ Todas as informações aqui descritas foram extraídas do inteiro teor das duas ADIs que tramitam na Suprema Corte contra a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPagina.do.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

Ocorre que, em uma primeira análise, a nomenclatura utilizada pelas Diretrizes (confidencialidade) deixa dúvidas quanto ao seu real alcance. Na ótica do BIRD, a referida cláusula tem por objetivo **coibir a interferência dos demais licitantes e de agentes externos na análise das propostas apresentadas.**

Dessa forma, a cláusula de confidencialidade apenas posterga a publicidade do processo de avaliação das propostas até um determinado momento que considera oportuno, qual seja, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor (outorga do contrato), mas, como observou a PGFN, **não impede a publicidade após esse ato.** (...)

Essa regra de procedimento não é imutável. **Basta o legislador ordinário definir ser outro o momento apropriado para conferir publicidade a um determinado assunto ou documento no processo licitatório para a respectiva norma ser alterada, sem violação da Constituição Federal.** Esse mesmo raciocínio é aplicável à "cláusula de confidencialidade" do Banco Mundial.⁴¹ **(grifo nosso)**

Neste ínterim, oportuno se mostra o Agravo de Instrumento que tramitou no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sob o nº. 00468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO, SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIFERENCIADA - RDC. CONSTRUÇÃO DO BRT DE NITERÓI. OBRA NO ÂMBITO DO PROGRAMA PAC2, EIXO MOBILIDADE MÉDIAS CIDADES. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O EDITAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO DA LIMINAR PARA OBSTAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DECISÃO CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE INTEGRALMENTE SE MANTÉM. [...] 4. As agravantes insurgem-se contra as características técnicas do objeto licitado, incluídas no Edital do certame, **não havendo ilegalidade nas previsões relacionadas à limitação a duas empresas para a execução do serviço em conjunto; previsão do caráter sigiloso do orçamento do projeto; adoção de critérios de avaliação da proposta técnica, com base na experiência, dentre outras, pois não se afiguram aptas a frustrar a competitividade do certame.** (grifo nosso)

(TJ-RJ – Agravo de Instrumento nº. 00468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000, Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, Data de Julgamento: 25/11/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 01/12/2014 00:00).

Analisadas as ADIs que tramitam na Suprema Corte contra o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e o posicionamento do Tribunal de Contas da União acerca do tema em estudo, faz-se necessário considerar algumas

⁴¹ ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2920, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19444>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

licitações realizadas sob o RDC, como também o levantamento de dados do Governo Federal sobre estas, para que seja possível demonstrar a viabilidade do orçamento sigiloso, bem como sua constitucionalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 VIABILIDADE DAS LICITAÇÕES REALIZADAS PELO RDC UTILIZANDO O SIGILO DO ORÇAMENTO PREVIAMENTE ESTIMADO

Para o desenvolvimento deste tópico da pesquisa, foi realizada uma análise empírica de alguns editais e informações sobre as licitações realizadas por meio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas nos portais eletrônicos da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), como também do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e da VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Ressalte-se que esta pesquisa não abrange todos os custos financeiros que as referidas entidades têm com as licitações realizadas sob o Regime Diferenciado de Contratação, inclusive os custos administrativos, de materiais, como também de pessoal, visto que a análise aqui apresentada se refere apenas aos dispêndios financeiros e à duração dos procedimentos licitatórios para a contratação de obras e/ou serviços que são abrangidos pelo RDC.

Aqui se vislumbra analisar e demonstrar a eficiência referente à celeridade e economicidade dos procedimentos licitatórios regidos pelo RDC em relação aos certames regidos pela Lei nº. 8.666/1993.

Todas as informações que serão descritas foram colhidas em documentos e dados integralmente divulgados nos portais eletrônicos das entidades mencionadas, conseqüentemente, presume-se que todas essas informações sejam verdadeiras.

Desde a edição da Medida Provisória nº. 559, de 02 de março de 2012, posteriormente convertida na Lei nº. 12.688, de julho de 2012, que estendeu o campo de aplicação do RDC para as obras integrantes do PAC, o DNIT realizou 226 licitações nesta modalidade, sendo 184 na Sede e 42 nas Superintendências Regionais.

Das 226 licitações, 98 estão em andamento, nas suas diversas fases (análise de propostas de preços, análise de habilitação etc.); 109 foram homologadas; 12, revogadas; 2, fracassadas; 1, deserta; e 4, anuladas.

Percebe-se que um dos efeitos imediatos da implementação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi a redução dos prazos para conclusão dos certames. Costumeiramente, o DNIT levava, em média, 300 dias para concluir

uma licitação na modalidade concorrência, conforme a Lei nº. 8.666/1993, método tradicional de licitação.

Com a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, este prazo foi reduzido para 50 dias no RDC Eletrônico; 80 dias no RDC Presencial – nos regimes empreitada por preço global ou empreitada por preço unitário; e 120 dias para Contratação Integrada.

Deste modo, de acordo com o levantamento realizado, é notório que o RDC proporcionou um expressivo ganho de prazo em relação às licitações tradicionais. Do contrário, não seria possível, em um ano, realizar mais de 100 contratações de novas obras. (Dados atualizados até maio de 2015).⁴²

Consoante as informações obtidas no portal eletrônico do PAC, conforme o secretário do Programa, Maurício Muniz, os reflexos do RDC já podem ser observados nas obras do programa. Na opinião dele “Não conseguiríamos realizar a quantidade de contratos que temos na área de manutenção se não estivéssemos usando o RDC”. Com as licitações feitas pelo Regime, foram mais de 30 mil quilômetros de rodovias contratados para manutenção.

Na INFRAERO, antes da implementação do RDC, o procedimento de uma licitação tradicional tinha uma duração média de 120 dias. No novo modelo, a duração é entre 60 e 90 dias e representa 12% de economia.⁴³

Ademais, para que se verifique a viabilidade e (in) constitucionalidade do orçamento sigiloso, a título de ilustração, deve-se destacar alguns editais de licitação regulados pelo RDC que utilizam o sigilo do orçamento previamente estimado.

O Edital de Licitação nº. 0574/14-00, Processo nº. 50600.002609/2014-36, de 27/10/2014, pelo regime de empreitada por preço unitário, critério de julgamento menor preço, que tem como objeto a Contratação de Empresas para a Execução dos Serviços Técnicos Especializados de Gerenciamento do Programa de Ampliação de Capacidade da BR-101/NE nos Estados de Pernambuco, do Rio Grande do Norte e da Paraíba, contemplando os seguintes empreendimentos rodoviários: Arco da Região Metropolitana da Cidade do Recife/PE; Contorno de Abreu e Lima/PE; Obras Remanescentes do Lote nº 01 (BR-101/RN); Obras

⁴² BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Nota de Esclarecimento - DNIT realizou 226 licitações pelo RDC. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-dnit-realizou-226-licitacoes>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

⁴³ BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO – PAC. Entenda como funciona o RDC. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/noticia/564012e0>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Remanescentes do Lote nº 05 (BR-101/PB), Obras Remanescentes do Lote nº 06 (BR-101/PE) e Contorno (Travessia) de Recife/PE.⁴⁴

O orçamento previamente estimado pelo DNIT para esta licitação foi de R\$ 55.992.675,83 (cinquenta e cinco milhões, novecentos e noventa e dois mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos), que foi publicado ao final do certame.

O valor da licitação foi de R\$ 35.150.000,00 (trinta e cinco milhões, cento e cinquenta mil reais), resultando em uma economia de R\$ 20.842.675,83 (vinte milhões, oitocentos e quarenta e dois mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos), ou seja, a Administração Pública economizou um total 37,22% em relação ao orçamento previamente estimado.

Outro exemplo de licitação realizada pelo RDC é o Edital do RDC Eletrônico nº. 001/DALC/SBAR/2013 da INFRAERO. O seu objeto é a contratação de empresa para execução das obras e serviços de ampliação da pista de pouso e decolagem, implantação de pista de táxi e de área de teste de motores e restauração da pista de pouso e decolagem, pista de táxi e pátio de aeronaves do Aeroporto Santa Maria, Aracaju/SE.

A INFRAERO estimou previamente o orçamento desta contratação em R\$ 68.810.577,73 (sessenta e oito milhões, oitocentos e dez mil quinhentos e setenta e sete reais e setenta e três centavos), que foi divulgado no Ofício de Homologação do certame e Apresentação de Garantia Contratual.

O valor global desta licitação foi de R\$ 64.260.000,00 (sessenta e quatro milhões duzentos e sessenta mil reais). Deste modo, pode-se concluir que a Administração Pública economizou um total de R\$ 4.550, 577,73 (quatro milhões, quinhentos e cinquenta mil reais e setenta e três centavos), o que corresponde a aproximadamente 6,61% do valor previamente estimado.⁴⁵

⁴⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Edital nº. 0574/14-00. Processo nº. 50600.002609/2014-36. Trata-se de Contratação de Empresas para a Execução dos Serviços Técnicos Especializados de Gerenciamento do Programa de Ampliação de Capacidade da BR-101/NE nos Estados de Pernambuco, do Rio Grande do Norte e da Paraíba, contemplando os seguintes empreendimentos rodoviários: Arco da Região Metropolitana da Cidade do Recife/PE; Contorno de Abreu e Lima/PE; Obras Remanescentes do Lote nº. 01 (BR-101/RN); Obras Remanescentes do Lote nº. 05 (BR-101/PB), Obras Remanescentes do Lote nº. 06 (BR-101/PE) e Contorno (Travessia) de Recife/PE. Disponível em: <<http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=4988>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

⁴⁵ BRASIL. SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Edital do RDC Eletrônico nº. 001/DALC/SBAR/2013. Disponível em: <http://licitacao.infraero.gov.br/portaal_licitacao/servlet/DetalheLicitacao?idLicitacao=56415>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Quanto às licitações da VALEC realizadas sob o RDC, é imperioso destacar o Edital nº. 003/2012, que tem como objeto a contratação Integrada de Elaboração de Projeto Executivo e Execução de obras e serviços remanescentes necessários para complementar o trecho ferroviário compreendido entre o km 1.029,89 (Córrego Chicote/TO) e o km 1.294,00 (Pátio de Uruaçu/GO) da Ferrovia Norte-Sul, bem como manutenção do referido trecho.⁴⁶

Ao final da licitação, foi divulgado o orçamento previamente estimado pela Administração Pública, que consiste no valor de R\$ 120.272.929,05 (cento e vinte milhões, duzentos e setenta e dois mil, novecentos e vinte e nove reais e cinco centavos). O valor global do procedimento licitatório foi de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões), resultando numa economia de R\$ 272.929,05 (duzentos e setenta e dois mil, novecentos e vinte e nove reais e cinco centavos) aos cofres públicos.

Realizada esta análise de algumas das licitações regidas pelo RDC com o orçamento sigiloso, seja em obras do PAC, em obras aeroportuárias, como também ferroviárias, percebe-se que o orçamento sigiloso no RDC se mostra como uma alternativa mais vantajosa do que a prevista na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por ser mais célere e mais econômica à Administração Pública.

Percebe-se que a instituição do sigilo orçamentário do certame posterga a publicidade deste para o final da fase competitiva do procedimento licitatório, devendo-se frisar que a planilha do orçamento é acessível a todos os órgãos de controle, seja ele interno ou externo. Depois de finalizado o procedimento licitatório, os orçamentos estimados são divulgados em Diário Oficial juntamente com o valor global do certame.

Outrossim, apesar de esta alternativa oferecer benefícios à Administração Pública, ainda é oportuno consignar que toda atividade estatal apresenta riscos, podendo haver atraso na execução de obras e serviços, mas não se pode olvidar que caso esta situação ocorra nas licitações regidas pela Lei nº. 8.666/1993, tal execução será ainda mais demorada, gerando mais custos ao erário.

Conforme demonstrado alhures, é certo que não há como comprovar que o sigilo do orçamento previamente estimado irá impedir totalmente o conluio entre os participantes do certame, mas de certa forma este sigilo dificulta que isto aconteça.

⁴⁶ B BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Regime Diferenciado de Contratação – Edital nº. 003/2012. Disponível: <<http://www.valec.gov.br/Licitacoes/rdc00312.php>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Além do que, esta previsão faz com que a Administração Pública evite a elevação de preços nos procedimentos licitatórios, pois como preconiza o art. 24, da Lei nº. 12.462/2011, as propostas apresentadas pelos licitantes em valores superiores aos estipulados pelo Poder Público deverão ser desclassificadas, *verbis*:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;

IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis. (grifo nosso)

Isto posto, diante dos resultados dos procedimentos licitatórios realizados pelo RDC pode-se concluir pela constitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 12.462/2011, tendo em vista que o princípio da publicidade resta plenamente atendido, já que nesta prática a publicidade não é de todo mitigada, apenas pelo tempo necessário para que a Administração Pública possa conduzir um procedimento licitatório mais célere e econômico, respeitando, principalmente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Licitações têm o condão de moralizar as contratações da Administração Pública Direta e Indireta com os entes particulares. É por meio da Lei nº. 8.666/1993, instrumento que regula os procedimentos licitatórios e contratos administrativos, que a Administração Pública realiza os certames e obtém a proposta mais vantajosa para celebrar contratos.

O procedimento licitatório deve ser realizado de acordo com as regras da Constituição Federal, com as normas previstas na Lei nº. 8.666/1993, com o instrumento convocatório, bem como os princípios que norteiam as atividades da Administração Pública. Além disso, devem ser observados os princípios da isonomia, do julgamento objetivo, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, entre outros que regem as Licitações e Contratos Administrativos.

Deste modo, comparando o contexto histórico e socioeconômico do Brasil na época da promulgação da Lei nº. 8.666/1993 com a situação atual do país,

mais de vinte anos depois, é de se perceber que, algumas diretrizes desta Lei se tornaram obsoletas e burocráticas, uma vez que a tecnologia se aprimora a cada dia, e isso permite que o Brasil desenvolva métodos para melhorar sua infraestrutura devido à competitividade com o desenvolvimento socioeconômico e cultural de outros países.

Levando em consideração a escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e Paralimpíadas de 2016 e, tendo em vista as já conhecidas deficiências do país no que se refere à infraestrutura essencial e necessária para a realização de tais eventos, bem como a morosidade e ineficiência das contratações públicas, o Governo Federal adotou uma medida para mobilizar sua base parlamentar com o intento de ver aprovado um novo regime de licitações e contratos que pudesse ser mais célere, eficiente e econômico para o Poder Público.

Destarte, a Medida Provisória nº. 527/2011, posteriormente convertida na Lei Federal nº. 12.462, que foi promulgada em 04 de agosto de 2011, dispõe algumas regras que de certa forma flexibilizam o procedimento licitatório adotado pela Lei nº. 8.666/1993, pois essas normas visam a desburocratização dos trâmites, a redução de prazos, de custos, bem como agilizar as contratações públicas de forma eficiente.

Entre os dispositivos que integram o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) destacam-se aqueles que versam sobre a contratação integrada, a inversão de fases de habilitação e julgamento, a remuneração variável, e, principalmente, o sigilo do orçamento previamente estimado – objeto desta pesquisa –, sem olvidar o seu caráter provisório. A aplicação desse instituto, consoante o texto legal, afasta os ditames da Lei nº. 8.666/93, salvo quanto às hipóteses em que estão expressamente dispostas.

Entretanto, a instituição do RDC sofre algumas críticas acerca de sua constitucionalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente pelo modo como foi introduzido, como também acerca de algumas de suas disposições.

Aqui se vislumbra tratar, especificamente, acerca da constitucionalidade do orçamento sigiloso no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, analisando detalhadamente os argumentos que versam sobre sua (in) constitucionalidade.

Ante o exposto, diante da análise mais detalhada do método do sigilo do orçamento previamente estimado instituído pelo art. 6º e § 3º do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, é perceptível que o dispositivo não fere o princípio da publicidade e transparência, tendo em vista que a mitigação da publicidade só dura até o final do procedimento licitatório. Além disso,

o orçamento fica disponível para os órgãos de controle em todas as fases do certame.

O argumento utilizado pelo Legislador para instituir essa ferramenta no Regime Diferenciado de Contratação é para evitar a formação de cartel entre os licitantes, fraudes nas licitações e os elevados preços dos procedimentos licitatórios. Ressalte-se, por oportuno, que além disso, se buscou ganhar em economicidade e moralidade na seara das licitações e contratações públicas, sem, contudo, extinguir o cerne essencial da publicidade.

O orçamento sigiloso não aparece como uma inovação no RDC, já que este mecanismo também é adotado na modalidade licitatória do pregão (Lei 10.520, de 17 e julho de 2002). Ademais, o sigilo do orçamento é recomendado em regras editadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como também o TCU já entendeu pela constitucionalidade da prática, pois esta coíbe a interferência dos demais licitantes e de agentes externos na análise das propostas apresentadas, dando publicidade ao orçamento em momento oportuno.

Assim, tendo como base a análise de algumas das licitações regidas pelo RDC com o orçamento sigiloso nas obras do PAC, em obras aeroportuárias e ferroviárias, compete destacar que o sigilo no RDC se mostra como uma alternativa mais vantajosa do que a prevista na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por conferir celeridade e economicidade à Administração Pública.

É cediço que não há como comprovar efetivamente que o sigilo orçamentário previamente estimado irá impedir totalmente a combinação de preços entre os participantes do certame, mas de certa forma este sigilo dificulta que esta prática ocorra.

Na realidade, aqui não se pretende encontrar um desfecho para a discussão, visto que se deve aguardar pela posição do Supremo Tribunal Federal acerca do dispositivo que trata do sigilo do orçamento previamente estimado nas licitações regidas pelo RDC, nas ADIs que tramitam contra a instituição do Regime Diferenciado.

No entanto, opta-se por defender a constitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 12.462/2011, considerando que o princípio da publicidade resta plenamente atendido, já que nesta prática a publicidade não é de todo mitigada, é apenas postergada até o momento necessário para que o Poder Público possa conduzir um procedimento licitatório mais célere e econômico, respeitando, principalmente, o princípio da supremacia do interesse público.

Por conseguinte, é necessário que os estudiosos do direito abordem ainda mais acerca da temática aqui discutida, com o intento de evitar interpretações equivocadas e possibilitar a abrangência do princípio da eficiência no Poder Público, pois não há óbices de que a moralidade administrativa e a efetiva e rigorosa fiscalização são instrumentos indispensáveis ao sucesso das atividades da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

Livros

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº. 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A Publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HEINEN, Juliano. Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Artigos

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2920, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19444>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Nota de Esclarecimento - DNIT realizou 226 licitações pelo RDC. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-dnit-realizou-226-licitacoes>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº. 58, dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3152, 17 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes

em contratações públicas. Fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/compe%20tition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoespublicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

RIBEIRO, Romiro. O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Disponível em: <<http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcanhar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. XVI Prêmio Tesouro Nacional – 2011. Tema II: Economia e Contabilidade do Setor Público. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Portal Eletrônico da Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Oficina-38-Semana-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

Legislação

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, Distrito Federal: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

_____. Decreto nº. 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 2011. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 jan. 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

_____. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

_____. Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12462.htm>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

_____. Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 19 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

_____. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até setembro de 2015]. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). REsp: 517.789/AL 2003/0048959-1, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 08/06/2004, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2005 p. 236.

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7225461/recurso-especial-resp-517789-al-2003-0048959-1-stj>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.655/DF. Ação Direita de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em impugnação à Lei nº. 12.462/2011, de 05 de agosto de 2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=T P&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJ/RJ). Agravo de Instrumento nº. 00468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000. Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro/RJ, 2014. Data de Julgamento: 25/11/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 01/12/2014 00:00. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156814291/agravo-de-instrumento-ai-468858220148190000-rj-0046885-8220148190000>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Editais de Licitação

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Edital nº. 0574/14-00. Processo nº. 50600.002609/2014-36. Trata-se de Contratação de Empresas para a Execução dos Serviços Técnicos Especializados de Gerenciamento do Programa de Ampliação de Capacidade da BR-101/NE nos Estados de Pernambuco, do Rio Grande do Norte e da Paraíba, contemplando os seguintes empreendimentos rodoviários: Arco da Região Metropolitana da Cidade do Recife/PE; Contorno de Abreu e Lima/PE; Obras Remanescentes do Lote nº. 01 (BR-101/RN); Obras Remanescentes do Lote nº. 05 (BR-101/PB), Obras Remanescentes do Lote nº. 06 (BR-101/PE) e Contorno (Travessia) de Recife/PE. Disponível em: <<http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=4988>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

_____. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Regime Diferenciado de Contratação – Edital nº. 003/2012. Disponível: <<http://www.valec.gov.br/Licitacoes/rdc00312.php>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

_____. SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Edital do RDC Eletrônico nº. 001/DALC/SBAR/2013. Disponível em: <[http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalheLicitacao?idLicitacao=56415](http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalheLicitaacao?idLicitacao=56415)>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

The knowledge of genetic origin as a right of personality

Bruna Fernandes Pereira de Carvalho

Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco

Pós-graduanda em Direito Administrativo pela PUC- Minas

Advogada

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a necessidade de ser reconhecido o direito do filho a busca de sua origem genética por configurar um direito de personalidade. São abordados alguns princípios considerados de maior relevância no campo do direito de família. Discute-se a possibilidade do ponto de vista infraconstitucional e por meio da ponderação dos princípios constitucionais a busca da origem genética como direito da personalidade, dissociada dos reflexos registrais, patrimoniais e sucessórios. Parte da doutrina e da jurisprudência reconhecem a importância de o indivíduo ter ciência da sua ancestralidade, contudo, ressalta-se o equívoco de alguns tribunais em vincular o direito ao conhecimento da origem genética com a ação de investigação de paternidade, a qual visa a consequências no campo patrimonial ou registral.

ABSTRACT: This study aims to analyze the right of the child to determine its genetic origin as a personality right. Some principles considered essential in the Family Rights field are addressed. The possibility of knowing the genetic origin as a personality right is discussed, dissociated from registry issues, property and inheritance consequences, from an infra constitutional standpoint, through the balancing of constitutional principles. Part of the doctrine and jurisprudence recognize the importance of individual awareness of its ancestry, however, it emphasizes courts' misunderstanding when they link the right of genetic origin with paternity action, leading to consequences in inheritance and paternity registration.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CF/88: Constituição Federal de 1988

CFM: Conselho Federal de Medicina

DNA: ácido desoxirribonucleico

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

NCPC: Novo Código de Processo Civil

ONU: Organização das Nações Unidas

STJ: Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a explorar a tutela do conhecimento à origem genética como direito da personalidade, por meio do exame de DNA, o qual possui uma certeza científica de 99,9%. No entanto, a problemática tem início diante do direito à intimidade do suposto genitor, em ações que buscam a descoberta da identidade genética, a não se submeter ao exame. A questão ganha relevância ante a importância do conhecimento da identidade pessoal para indagações psíquicas e para saúde preventiva.

Os questionamentos que ora se impõem para solução desse impasse concernem na ponderação dos direitos postos em discussão, para que ao final se tenha sobrelevado o interesse de uma das partes. Este trabalho fez uma análise da literatura até a presente data, bem como realizou pesquisa jurisprudencial a fim de investigar a posição predominante no aspecto da possibilidade do conhecimento da origem genética como direito da personalidade.

Inicialmente será feita uma diferenciação entre estado de filiação e origem genética, a fim de amparar a defesa do direito do indivíduo em ter conhecimento da sua ancestralidade, direito este inerente à personalidade. Será demonstrada, baseando-se em preceitos infraconstitucionais, a possibilidade do ajuizamento de uma ação de ascendência genética, na qual é primordial a realização do exame de DNA, bem como a não aplicação da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça no presente caso, uma vez que presunções não amparam o direito em questão. Por fim, será exposta a forma de ponderação dos princípios constitucionais para atingir o interesse do indivíduo em ter conhecimento da sua origem genética.

Ao final, serão analisadas decisões proferidas pelos tribunais pátrios, com o intuito de demonstrar a consequência advinda da recusa do réu em se submeter ao exame de DNA. Será apresentada a forma com que os tribunais vêm confundindo o estado de filiação com a origem genética, pontuando a importância da distinção. Por fim, será destacada que as decisões proferidas no âmbito da paternidade, devem sempre estar pautadas no princípio do melhor interesse do filho.

1 CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

1.1 DO ESTADO DE FILIAÇÃO E DA ORIGEM GENÉTICA

Em se tratando de vínculo de filiação deve-se considerar, de forma primordial, o estado de filiação, o qual “deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentes de serem parentes consanguíneos” (LÔBO, 2014, p. 208).

Assim, vale mais uma vez ressaltar, estado de filiação é gênero, e corresponde a uma relação de parentesco, na qual há atribuição de deveres e obrigações, tendo como espécies a filiação biológica e a não biológica. Portanto, “na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos”. (LÔBO, 2004, p. 48).

Paulo Lôbo leciona, ainda, que o estado de filiação pode constituir-se ope legis ou em razão da posse de estado. No direito pátrio, o estado de filiação ope legis encontra guarida no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil (CC), quais sejam: filiação biológica em face de ambos os pais; filiação não biológica em face de ambos os pais; filiação não biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga, sendo os dois últimos irreversíveis e invioláveis (LÔBO, 2004, p. 48).

O estado de filiação que seja objeto de dúvida ou litígio pode ser provado por meio da posse de estado de filho, consistente na exteriorização da convivência familiar e da afetividade, que se torna uma situação de fato (LÔBO, 2004, p. 49).

A doutrina aponta como critério determinativo da posse de estado de filho *nomem*, *tractus* e *fama*, isto é, usar o nome da família, ser tratado como filho e assim apresentar-se perante a sociedade. Salienta Caio Mário, “(...) se o investigador traz e usa nome do investigado; dele recebe tratamento como filho, no meio doméstico e familiar; e se goza no meio social do conceito de filho (...)” (PEREIRA, 2014, p. 413).

Essas características não precisam estar presentes de forma concomitante, uma vez que não há exigência legal, e, em caso de dúvida deve prevalecer o estado de filiação. Pode ser utilizado qualquer meio de prova em direito admitido, contudo, o Estatuto Civil pátrio, em seu art. 1.605, exige que haja “começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente” ou “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos” (BRASIL, 2002).

Consoante o Enunciado nº 256 da V Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a posse de estado de filho constitui modalidade de parentesco civil. Diante disso, não pode ser contestada por investigação de paternidade fundada em prova genética, pois “(...) consolida vínculos que não assentam na realidade natural, impedindo o exercício do direito de impugnar, no interesse do filho contra a relevância jurídica de uma paternidade manifestamente prejudicial (...)” (OLIVEIRA, 2003, p. 414 apud LÔBO, 2011, p. 328).

Diante desta perspectiva, que teve como escopo, principalmente, o princípio da afetividade, foi sobrelevado o estado de filiação, sem dúvidas de maneira acertada. Contudo, a partir deste marco surgiram questões de extrema importância que ainda precisam ser objeto de estudo.

Uma dessas questões diz respeito a distinguir o estado de filiação, acima tratado, da origem genética. Pois bem, compreende-se como origem genética um fato natural, que pressupõe um liame biológico e pode ser comprovado por meio de exame laboratorial.

Faz-se necessário distinguir os dois institutos, uma vez que o caráter funcional de conhecer a origem genética guarda relação com os direitos inerentes à personalidade, ao passo que o estado de filiação tem natureza de direito de família. Portanto, um regime não anula o outro, ao contrário ambos andam paralelamente.

Vejam os um breve conceito de direito da personalidade, proposto por Luiz Guilherme Loureiro (2006, p. 187):

Os direitos personalíssimos – também chamados de direitos da personalidade – são prerrogativas de conteúdo extrapatrimonial, inalienáveis, perpétuas e oponíveis erga omnes, que correspondem a toda pessoa natural, desde antes de seu nascimento, até depois de sua morte. Esses direitos fundamentais não podem ser privados pelo Estado, e tampouco por outros particulares, pois implicaria em menoscabo da personalidade.

Nesta perspectiva, o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, e, devido a sua natureza, não pode ser descartado pelo Estado, sob pena de descrença no sistema jurídico.

Cabe ressaltar, ainda, o desinteresse presente neste trabalho pela busca da origem genética para atingir um conforto econômico ou o direito a alimentos, à herança e ao nome. Acompanho o preconizado por Pablo Stolze Gagliano, ao inserir que “a ideia é apenas do conhecimento específico de quem seja o material genético, como forma de preservação de interesses superiores, também decorrentes da formação genética do indivíduo.” (GAGLIANO, 2014, p. 647).

Nesta esteira, o conhecimento da origem genética, como já dito, guarda relação com o direito da personalidade, na medida em que a medicina destaca a importância de uma saúde preventiva a fim de evitar o desencadeamento de patologias hereditárias ou até mesmo solucionar diagnósticos frágeis.

Olga Jubert Krell (2011, p. 74) afirma:

Assim, o direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, para que cada um possa saber como foi gerado, a identidade civil de seus progenitores e conhecer o seu primogênito genético, o que pode ser essencial para a prevenção e mesmo cura de doenças hereditárias. É correta a afirmação de que “a bagagem genética é hoje parte da identidade da pessoa”. Visto assim, a fórmula identidade genética compreenderia também o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) visando a possibilitar o conhecimento da origem genética da pessoa concebida com gametas de dador anônimo estabeleceu que as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida, mantenham um registro permanente de todos os procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Contudo, as Resoluções proferidas pelo CFM têm caráter de regulamento interno, dotado de princípios gerais que devem ser seguidos pela classe médica. No Brasil, não há norma que regule o direito do indivíduo gerado por meio de inseminação artificial heteróloga, em conhecer a sua origem genética.

O legislador constitucional brasileiro, mais uma vez, silenciou sobre o tema. Não há na Carta Magna vigente nenhuma norma que confirme e assegure a tutela à identidade genética e, via de consequência, o alcance do seu conteúdo para fins de manutenção da integridade física, psíquica e histórica da pessoa humana.

Na seara infraconstitucional, o Projeto de Lei nº 4.686, de 2004, pretende introduzir o art. 1.597-A, ao Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida (BRASIL, 2004). O Projeto está aguardando o Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, como apenso do Projeto de Lei nº 1.148/2003.

Referente à adoção, foi introduzido pela Lei nº 12.010/2009 o art. 48 ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) concedendo ao adotado o direito de ter acesso ao processo de adoção, após completar 18 anos ou quando menor, com assistência jurídica e psicológica. Observe-se:

Art. 48: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (BRASIL, 2009).

O legislador sedimentou um direito personalíssimo com o intuito de assegurar o direito da personalidade do adotado em conhecer sua origem biológica, mas sem qualquer reflexo na relação de parentesco, mantendo a irreversibilidade da adoção.

Maria Berenice Dias (2015, p. 514) assinala que “gerando a adoção vínculo de filiação a declaração da paternidade biológica, de um modo geral, não surte efeitos registraes, a impedir benefícios de caráter econômico.”.

Ademais, vale ressaltar mais uma vez que a adoção faz cessar o poder familiar dos pais em relação ao filho adotado (BRASIL, 2002, art. 1.635), exceto no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do Diploma Civil. No entanto, definitivamente não há como dar efetividade a norma infraconstitucional se não houver o conhecimento da origem genética, sendo, portanto, condição *sine qua non*.

A finalidade da lei é estabelecer um ajuste de condutas, para isso o legislador dispõe no art. 150 do ECA, que compete ao Poder Judiciário instituir equipe interprofissional para atuar no assessoramento e no suporte da Justiça da Infância e da Juventude (BRASIL, 1990). Dessa forma, é necessário um esforço em conjunto da família de origem e adotiva, bem como da instituição judiciária.

Ademais, é imprescindível distinguir a ação de investigação de paternidade cujo propósito é o de estabelecer vínculo jurídico de paternidade, com ação de investigação de ascendência genética, que é aquela em que o autor busca investigar apenas se o réu é ou não seu genitor, sem que se estabeleça entre eles o vínculo da paternidade (DIDIER JR, 2006, p. 108).

Maria Berenice Dias propõe a utilização de uma ação declaratória de ascendência genética, sem efeitos no registro civil ou no campo patrimonial, mas sim servindo apenas para a busca da identidade genética. Observe-se:

Em síntese, se o autor mantém com alguém – pai registral ou adotivo – um vínculo de filiação socioafetiva, gozando da posse do estado de filho, ainda assim pode buscar a identificação da verdade biológica. A ação será acolhida e, ao menos em parte, a sentença terá somente conteúdo declaratório, sem efeitos jurídicos outros. (DIAS, 2015, p. 439)

Em contrapartida, Fredie Didier entende não se tratar de uma ação declaratória, argumenta no sentido de valer-se de uma ação de prestação de fazer, a fim de submeter o réu ao exame genético:

Não se trata de ação declaratória (não é possível ação declaratória sobre o fato “vínculo genético”). É ação de prestação de fazer: submeter-se a exame genético. Nesta demanda, a presunção judicial é totalmente inservível: de nada adianta o magistrado presumir, pela recusa, que o réu é o ascendente genético do autor (DIDIER JR, 2006, p 109).

Conclui-se que, qualquer que seja o tipo de ação, a segurança jurídica não será ferida, na medida em que se busca apenas a identificação da verdade biológica, sem efeitos registrais ou patrimoniais.

1.2 DO DIREITO COMPARADO

Alguns países, sobretudo da Europa, legitimam o direito ao conhecimento da origem genética, sem efeitos sobre a relação de parentesco. Em certos países são tratados a nível infraconstitucional, entretanto, há casos em que a previsão possui amparo constitucional.

Na França, o direito ao conhecimento da origem genética é restringido ao acesso de informações acerca da sanidade mental, identidade e condições genéticas básicas. O direito será exercido somente ao atingirem a maioridade, ou, enquanto menores pelos seus ascendentes, para fins de saúde pública e sem qualquer finalidade relacionada ao parentesco.

A reforma no direito francês da filiação teve como marco a Lei nº 72, de 3 de janeiro de 1972, a qual estabeleceu que “(...) a conquista da revelação da ascendência genética como valor jurídico, contemplado na reforma como a verdade da filiação (...)”. (ALMEIDA, 2003, p. 78). Destaca-se, ainda, a Lei Francesa n. 2002-93, de 22 de janeiro de 2002, sobre o acesso às origens das pessoas adotadas e dos “pupilos do Estado” (LÔBO, 2014, p. 209).

Na Suécia, a Lei nº 1.140 de 1984, prevê a possibilidade de fecundação homóloga e heteróloga, limitada, contudo, ao casal unido ou não pelo matrimônio, tendo a criança gerada por tal método o direito ao conhecimento integral a respeito de informações sobre o doador, vez que, neste país, o anonimato é vedado. (AGUIAR, 2005, pp. 145-146.).

O Tribunal Constitucional alemão em 1994 admitiu o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, excluindo seus efeitos sobre o parentesco (LÔBO, 2014, p. 209). A decisão tem

fundamento constitucional, previsto no art. 2º, da Lei Maior alemã.

Em Portugal, o valor jurídico do reconhecimento da origem biológica para fins de ressaltar o estado de filiação deu-se, também, em nível constitucional. O art. 26 da Constituição Federal lusitana consagra que dentre os direitos, liberdades e garantias do cidadão português inclui-se o direito à identidade pessoal. (ALMEIDA, 2003, p. 78)

Acentue-se aqui, a diferenciação que o ordenamento português optou distinguindo a tutela da identidade pessoal do direito ao estado de filiação, de modo que um direito não está condicionado ao outro.

1.3 CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA À LUZ INFRACONSTITUCIONAL

Como citado anteriormente, as ações que visem ao conhecimento da origem genética têm por escopo a busca de um direito da personalidade. Para alcançar o objetivo pretendido é essencial que o juiz determine a realização de todos os meios de prova em direito admitidos (BRASIL, 2015, art. 369), em especial o exame de DNA, o qual traz uma certeza científica de 99,999%.

Na dimensão deste trabalho, é inevitável aceitar a impossibilidade de tratar o assunto exclusivamente sob a ótica jurídica, sendo primordial o auxílio de outras áreas do conhecimento humano, em especial da ciência.

De início, cumpre salientar a existência de um verdadeiro direito constitucional à prova encontrado implicitamente entre as garantias fundamentais, que decorre do devido processo legal (FARIAS, 2006, p. 10).

Neste sentido:

Assim, consagrando o direito à prova como garantia fundamental constitucional, é possível extrair seu significado prático consistente em permitir ao interessado que dela retire a “máxima potencialidade possível”, sendo inviável e inconstitucional qualquer óbice legislativo ou judicial à ampla produção de provas (CAMBI, 2001, p. 201, FARIAS, 2006, pp. 10-11).

No entanto, o art. 232 do Código Civil estabeleceu que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. ”, criando, neste viés, uma presunção legal ou simples. Para Humberto Teodoro Júnior, “a norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto por lei. ” (THEODORO JR, 2003, p. 295, nota 49).

É preciso admitir, contudo, que em ações que visem ao conhecimento da origem genética como direito da personalidade, a presunção judicial prevista no art. 232 do Código Civil, não assume o papel pretendido. Cândido Rangel Dinamarco define presunção:

Presunções são consequências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para se chegar a um fato desconhecido. Observe-se que, realmente, não se trata de meio ou fonte de prova, mas de um processo lógico, processo racional do intelecto, através do qual, do conhecimento de um fato, infere-se com razoável probabilidade, a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa (DINAMARCO, 2001, p. 113).

Como exposto, as presunções não são destinadas a funcionar como prova, pois trata-se de um processo racional, o qual possui uma razoável probabilidade de conhecer um fato. Assim, a presunção estampada no artigo não fará com que o indivíduo tenha conhecimento de sua origem genética, representando uma limitação aos direitos personalíssimos.

Diante da existência de técnicas científicas que oferecem à justiça uma margem de certeza quase que absoluta e que proporciona ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade, entenda-se o exame de DNA. Nesta esteira, “tem o juiz a obrigação de ordenar a realização de todas as provas necessárias, mesmo de ofício e, dentre elas, efetivamente, o exame genético DNA” (WELTER, 2000, pp. 70-71 apud FARIAS, 2006, p. 16).

Outrossim, a recusa do réu em submeter-se ao exame hematológico implica um descumprimento do dever processual de colaboração, previsto no art. 378 do Novo Código de Processo Civil (NCPC), in verbis: “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” (BRASIL, 2015).

E, ainda, o art. 369, do NCPC, permite as partes o direito de empregar todos os meios legais, ainda que não especificados no Código, a fim de influir na convicção do juiz. Apesar de não autorizar especificamente a realização do exame hematológico, como qualquer outro exame, é um comando geral que deve ser levado em conta pelo magistrado, uma vez que é contundente a relação da prova pretendida (o exame de DNA) e o objeto da ação.

Ademais, não cabe ao réu invocar o direito de não produzir provas contra si mesmo, estampado no inciso LXIII, do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que princípio do nemo tenetur se detegere é base do direito penal, não podendo, assim, ser transportado para outros ramos do direito (BRASIL, 1988). Ressalte-se ainda, para “importância do princípio do nemo tenetur se detegere, que deve

ser utilizado com o devido cuidado para que não se torne um obstáculo para se atingir a verdade processual” (SOUZA, 2005, p. 217.).

Diante do exposto, se o conflito se dá no âmbito do processo civil a recusa injustificada do réu em submeter-se ao exame de DNA, não permite a invocação do princípio da não autoincriminação, pois foi originalmente criado para evitar abusos do Estado no campo penal.

1.3.1 A SÚMULA 301 DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça editou uma súmula estabelecendo uma presunção *juris tantum* de paternidade para o pai que, em ação investigatória, recusar-se a se submeter ao exame de DNA, in verbis: “Súmula 301 – STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2003).

O STJ criou uma presunção similar a uma presunção legal, mas não pode ser considerada como tal, vez que não foi instituída pelo legislador, contudo, diante da sistemática do novo Código de Processo Civil, as súmulas do Superior Tribunal de Justiça ganham uma eficácia elevada (BRASIL, 2015, art. 927), razão pela qual o estudo da Súmula em questão deve ser aprofundado.

Pondera Fredie Didier Júnior (2006, p. 484):

Não andou bem o STJ ao redigir o enunciado (...) é que a presunção de paternidade que decorre da recusa ao fazer o exame genético não é legal, mas judicial, conforme a redação do art. 232 do CC-02, que não estabelece qualquer presunção legal, apenas autorizando magistrado a tomar a recusa como indício.

Atente-se, porém, para o fato que Didier diferencia a ação de investigação de paternidade da ação de ascendência genética, como já ressaltado anteriormente, de modo que entende ser cabível a utilização da presunção apenas nas ações que não tenham como escopo o direito da personalidade em conhecer a origem genética.

Ao analisar a referida Súmula depreende-se que, diante da alta complexidade dos temas postos em questão ao judiciário, o seu enunciado é excessivamente simples, restando ausentes elementos importantes para que a sua aplicação seja lúcida.

Anota Rodrigo Toscano de Brito (2006, p. 284):

Em outras palavras, na ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA só induz presunção ‘juris tantum’ de paternidade se não houver um pai socioafetivo (não-biológico), em respeito a todas essas abalizadas opiniões que não surgem apenas de um dado empírico, bastando para tanto observar a opinião de Rodrigo da Cunha Pereira, que faz a sua afirmação à luz da psicanálise também. Mas, ainda em outra hipótese, ou seja, ainda que haja um pai socioafetivo (não-biológico), poder-se-ia considerar o respeito ao direito da personalidade do investigante, em conhecer a sua origem genética, porém, como já delineado neste trabalho, sem repercussão patrimonial. Mas esses dois elementos – a ausência de pai socioafetivo e a impossibilidade de geração de efeitos patrimoniais – não estão ponderados na súmula.

Corroborar Fredie Didier Júnior (2009):

Esse enunciado tem uma série de problemas: a) não está em conformidade com os precedentes do STJ, pois todos cuidam de presunções judiciais, que não podem ser absolutas nem relativas, atributos exclusivos das presunções legais; b) ainda assim, não havia, à época da edição do enunciado da súmula, a mencionada presunção legal relativa, não prevista na legislação civil codificada; tanto não existia essa presunção, que houve necessidade de edição de uma nova lei para determiná-la. O enunciado da súmula do STJ estava, portanto, em desconformidade com os próprios precedentes e com o texto do Código Civil, que cuidava da matéria.

Anote-se, ainda, que o próprio Superior Tribunal de Justiça não vem aplicando a súmula em sua inteireza, de forma que não emprega a presunção de modo absoluto, considerando, também, o contexto probatório presente nos autos.

Apesar de não possuir força vinculante, como salientado acima, insisto no exame da súmula, pois o judiciário, em sua rotina, de modo geral, não vem analisando os casos com a profundidade devida. Dessa forma, a aplicação direta do enunciado não resolve o aspecto da personalidade do investigante, isto é, o direito de conhecer sua origem genética.

1.4 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E O CONHECIMENTO GENÉTICO

É perceptível que há um conflito de interesses, qualificado pela oposição entre o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à intimidade, acarretando a não submissão à perícia médica do réu. O remédio, contudo, é buscar a ponderação dos interesses em disputa.

De início cumpre fazer uma breve diferenciação entre intimidade e privacidade, do ponto de vista jurídico, uma vez que intimidade é um termo de sentido mais estrito em relação à privacidade.

Nesta acepção, ensina Alexandre de Moraes que a “intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.” (2008, p. 53).

Compreende-se como privacidade a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, enquanto que privacidade abrange tudo que não se refere à intimidade, mas que não transparece a esfera pública.

Por conseguinte, é a partir desse entendimento que o demandado em uma ação de ascendência genética possui direito à intimidade, sendo esse direito garantido pelo ordenamento jurídico, e amparado como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana funda o direito ao conhecimento da origem genética com intuito exclusivo de tutela do direito da personalidade do interessado, frise-se sem o efeito de negar o estado de filiação.

É evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana é núcleo de todo o ordenamento jurídico, é a norma principiológica jurídica informadora dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna. Numa perspectiva, civil-constitucional, explicita Rodrigo Toscano de Brito ao citar Roberto Senise Lisboa (2002, p. 114), que “superada a orientação liberal que praticamente transformou o direito civil em um direito dos proprietários, a dignidade da pessoa humana passa a ser princípio fundamental a ser alcançado através da solidariedade social.”.

Ainda acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, corrobora Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60):

É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ocorre que, em se tratando de princípios fundamentais, de uma maneira geral, inexistente hierarquia entre princípios constitucionais. De modo que, para solucionar a colisão entre princípios fundamentais, é necessário o uso da técnica da ponderação de interesses, sempre buscando a concordância de ambos de uma maneira harmônica e equilibrada.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2005, p. 40):

Quando dois direitos fundamentais entram em linha de colisão, a solução que o direito constitucional preconiza não é o sacrifício de um em benefício do outro. É a harmonização de ambos pela via da técnica da proporcionalidade ou razoabilidade. Ambos são observados, numa linha de harmonização e de concessões recíprocas parciais.

Ponderar significa avaliar qual dos princípios detém o maior peso, porém não significa que um dos princípios deva ser desprezado, uma vez que não há hierarquia entre eles. O que determinará qual princípio deverá ceder serão as circunstâncias (BARROSO, 2008, p. 56). Destarte, para amparar na ponderação, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para a definição do direito que deve se sobrepor ao outro.

No tocante ao direito à intimidade do réu em ação de ascendência genética, de fato deverá ser sacrificado um direito fundamental, de maneira que o direito do filho de conhecer sua origem genética prevaleça em relação ao direito à intimidade.

Fredie Didier pondera:

Há, de fato, um conflito entre o direito fundamental à saúde e o direito à intimidade/integridade física. A solução deve ser produzida à luz das peculiaridades do caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. No entanto, há diversos argumentos a favor da prevalência do primeiro sobre o segundo: a) a proteção do segundo implica a negação do primeiro, o que vai de encontro ao princípio salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental; b) a presunção judicial é mecanismo inútil e inadequado à tutela do direito fundamental à saúde e à vida; c) singeleza do exame não caracteriza qualquer ofensa à integridade física ou à intimidade do demandado; d) o demandado não sofrerá qualquer prejuízo jurídico com a realização do exame, já que o objetivo não é o de atribuir-lhe o vínculo jurídico paternidade/maternidade; e) a recusa a submeter-se ao exame é, neste caso, abuso de direito, porquanto conduta ilícita; f) trata-se de interpretação a favor da efetividade de um direito fundamental que, de outro modo, não poderá ser adequadamente protegido judicialmente. (2006, pp. 109-110).

Diante do exposto, é certa a existência do direito à intimidade do réu que não deseja se submeter ao exame hematológico, contudo, deve ser sobrelevada a busca da origem genética, como tutela do direito da personalidade. Destarte, em assuntos dessa natureza as presunções previstas na legislação não possuem utilidade, carecendo do legislador brasileiro que adote um posicionamento a fim de coagir o réu a realizar o exame de DNA, haja vista a necessidade do indivíduo em conhecer sua origem genética.

Há, ainda, quem entenda que a mera curiosidade por parte do filho em ter conhecimento de sua origem genética não é motivo pertinente para violar o direito à intimidade.

Nessa esteira, ressalta Crema (2008, p. 93):

Cumpra reafirmar que o direito à identidade genética existe, devendo haver a devida regulamentação legal. Ressalta-se cabível, porém, apenas nos casos em que a saúde da pessoa esteja em risco iminente, quando haja suspeita de incesto, ou outros casos em que esse direito se sobressaia à intimidade.

No entanto, o direito ao conhecimento da identidade genética tem natureza de direito da personalidade, o qual está vinculado de forma indissociável ao reconhecimento da dignidade humana, qualidade necessária para o desenvolvimento das características físicas, psíquicas e morais de todo ser humano. Sendo assim, não há como o julgador deliberar o que seria vil para cada indivíduo, uma vez que o critério é eminentemente subjetivo.

2 DO CONFRONTO ENTRE O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E A BUSCA DA ORIGEM GENÉTICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

2.1 AS PRESUNÇÕES EM AÇÕES DE PATERNIDADE

O direito de família brasileiro anteriormente privilegiava a filiação que tinha como origem os laços consanguíneos e, ainda, vedava o reconhecimento dos filhos “espúrios”, ante a proteção da família com base no casamento. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989, e com força de lei no Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 28/1990, e o Decreto Executivo nº 99.710/1990, os filhos passaram a serem tratados de forma igualitária, sem discriminações.

Assim, vale repisar que o estado de filiação se desligou da origem biológica, passando a ser gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica. O estado de filiação deve ser entendido como a qualificação jurídica de uma relação de parentesco entre pai e filho, a qual acarreta direitos e deveres reciprocamente considerados.

Neste sentido, Paulo Lôbo preconiza que “O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai para filho, constitui fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.

Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. (LÔBO, 2004, p. 32).”.

Diante das mudanças de paradigmas, a origem genética perdeu o seu papel legitimador da filiação e migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas. Dessa maneira, o direito da personalidade à origem genética ganhou fundamento na CF/88.

Nas ações que tenham como objetivo o conhecimento da origem genética, para que alcance o propósito pretendido, é de suma importância que sejam realizados todos os meios de prova em direito admitidos, em especial o exame de DNA, o qual traz uma certeza científica de 99,999%.

Neste contexto, foi feita uma pesquisa nos tribunais de justiça estaduais, mais especificamente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar o posicionamento jurisprudencial acerca da obrigatoriedade da submissão do réu ao exame de DNA, com o objetivo de descobrir a identidade genética, como direito da personalidade, dissociado de reflexos patrimoniais e sucessórios.

De início, merece destaque um julgado que se tornou clássico quando o assunto envolve o exame de DNA. O caso diz respeito a uma ação de investigação de paternidade, interposta no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 1994, em que o réu comunicou que não se submeteria ao exame, tendo, assim, a juíza intimado o demandado para comparecer ao laboratório “sob pena de condução sob vara”.

O fato chegou ao Supremo Tribunal Federal na forma de Habeas Corpus, de maneira que o Tribunal, por maioria dos votos, decidiu conceder a ordem pleiteada. Segue a ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1994)

As circunstâncias que envolveram o caso eram extremas, e, a partir do momento em que a juíza determinou a condução forçada do réu ao laboratório, a disputa entre os dois particulares passa a ser entre o Estado e o seu direito de

força para exercer a jurisdição, e o indivíduo, que quer usar o direito à liberdade contra esse próprio Estado e o direito de tê-lo restringido apenas se esse mesmo Estado se ativesse a seguir os caminhos que os indivíduos em sociedade lhe haviam permitido (CARVALHO NETO, 2006, p. 173).

Diante do contexto, a decisão não deve ser usada em uma interpretação análoga de forma ampla, apenas em casos verdadeiramente semelhantes. Vejamos o que fora dito por Inácio de Carvalho Neto (2006, pp. 172-173) ao fazer uma análise do julgado:

Não se pode entender que o caso líder, assim como os que se seguiram, conduzam à implacável inconstitucionalidade do exame de DNA, nos casos de recusa do réu a fazê-lo. As circunstâncias fáticas do caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal são peculiares e a subsunção de outras hipóteses na vida real àquela seria um exercício hermenêutico baseado em silogismo falso porque a premissa maior – posição do Supremo – não é ampla o suficiente para enquadrar todos os casos aparentemente semelhantes.

Com a vigência do Código Civil de 2002, os tribunais não mais adentram na seara referente a coação do réu a se submeter ao exame de DNA, ante a presunção de paternidade constante no art. 232 e a súmula 301, do STJ.

A Quarta Turma do STJ, em Recurso Especial da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão – relator para acórdão -, em 23 de outubro de 2014, apreciou a ação de investigação de paternidade, na qual o réu se opôs em se submeter ao exame de DNA. A Turma, por maioria dos votos, deu parcial provimento ao apelo a fim de anular o processo desde a sentença e reabrir a instrução probatória.

O juiz de primeiro grau, diante da recusa do réu, julgou antecipadamente a lide, para reconhecer a procedência do pedido, sob o fundamento de que a negativa do demandado em se submeter ao exame de DNA conduz a presunção de paternidade, reputando desnecessária a produção de prova testemunhal, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A questão discutida no âmbito do Superior Tribunal teve como ponto principal, se a recusa do réu incidiria uma presunção relativa ou absoluta de paternidade.

Diante do caso, o STJ decidiu anular a sentença e reabrir a instrução probatória, entendendo, assim, que a presunção, quando da recusa do réu ao exame genético, é relativa.

[...] No caso ora em julgamento, inexistiu notícia alguma acerca de provas adicionais produzidas em todo o curso do processo, seja por parte do autor, do réu ou mesmo de ofício, pelo juízo. O fundamento da sentença para negar a produção de prova testemunhal residiu unicamente no fato de que esta não possuía “força de afastar a presunção criada por força de lei, cujas consequências, aliás, foram expressamente científicas por este juízo”.

A Súmula 301/STJ prevê expressamente que a presunção decorrente da recusa ao exame de DNA é relativa, nos seguintes termos: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade".

[...]

Não se pode atribuir à recusa ao teste de DNA consequência mais drástica que a própria revelia do réu - situação em que o pedido não pode ser julgado procedente de plano -, cabendo ao autor a prova mínima dos fatos alegados.

Por outro lado, não há como afirmar, antecipadamente, que a prova testemunhal a ser produzida pelo réu seria inútil ou desnecessária, antevedendo-se quais seriam os argumentos de defesa eventualmente trazidos em audiência e emitindo-se juízo de valor com base em meras ilações, o que caracteriza cerceamento de defesa.

[...]

Nos termos do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei 12.004/2009 e dos reiterados precedentes desta Corte, a presunção de paternidade deve ser apreciada dentro do contexto probatório coligido nos autos. No entanto, essa premissa só se concretiza, na medida em que se atribui ao réu o ônus da prova, quando se lhe viabilizam meios para exercer tal mister.

Verifica-se, no caso, a necessidade de as instâncias ordinárias avaliarem com mais precisão a situação posta nos autos, que é extremamente delicada. Evidente que poderá o Tribunal, se for o caso, aplicar o enunciado da Súmula 301/STJ, após o necessário cotejo da prova produzida. [...]

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014a)

Em caso semelhante a Terceira Turma do STJ, em 2015, negou provimento ao Recurso Especial, interposto em uma ação de investigação de paternidade, na qual a autora, aos 42 anos de idade descobriu que o seu pai registral não era o seu pai biológico. Diante da recusa do demandado a se submeter ao exame de DNA, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a presunção relativa de paternidade foi corroborada pelas demais provas carreadas aos autos, entendimento este mantido pelo Superior Tribunal de Justiça. Segue a ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. RECUSA. ELEMENTOS DE PROVA DESFAVORÁVEIS AO INVESTIGADO. SÚMULAS NºS 7 E 301 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A negativa do réu de se submeter ao exame pericial, dotado de alto grau de certeza, prejudicou a tese da exceptio plurium concubentium, uma vez que impediu ao juiz a verificação do acerto da defesa.

2. Segundo o entendimento consolidado do STJ, em ação investigatória, a recusa do suposto pai de submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade (Súmula nº 301).

3. A pretensão dos recorrentes visa obter nova análise do conjunto probatório, para que dela resulte juízo de improcedência do pedido, o que é vedado pela Súmula nº 7 do STJ.

4. Dissídio jurisprudencial não caracterizado porque, ao contrário dos precedentes citados, no caso dos autos ficou reconhecida a presença de elementos de convicção favoráveis à autora, que assim se desincumbiu do seu ônus probatório.

5. Recurso especial não provido.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015a).

É de se concluir que, a presunção constante no art. 232 do Diploma Civil e na Súmula 301, do STJ, poderá, eventualmente, ter eficiência em ações de investigação de paternidade cujo objetivo seja apenas estabelecer consequências patrimoniais. No entanto, a partir do momento em que o desejo do filho seja o de conhecer seu pai, com o intuito de sedimentar o seu psicológico, nenhuma serventia terá uma mera presunção.

Nas ações que busquem tão somente o conhecimento da identidade genética, é certo que, como demonstrado alhures, a presunção de paternidade, seja ela relativa ou absoluta, não terá utilidade. E, aplicar a presunção nesses casos significa limitar os direitos da personalidade.

Filho-me, portanto, aos doutrinadores que defendem a obrigatoriedade da produção do exame de DNA e, em caso de recusa, ser imperativa a condução coercitiva do réu, visando a garantir a dignidade humana do autor, corrente defendida por Belmiro Pedro Welter, Maria Cristina de Almeida e Fredie Didier Jr, na obra Direito de Família: questões controvertidas, DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana e Prova, exame médico e presunção, respectivamente.

2.1.1 A DISTINÇÃO ENTRE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A BUSCA DA ORIGEM GENÉTICA

Acertadamente, os tribunais vêm reconhecendo a importância do indivíduo em ter conhecimento da sua ancestralidade. No entanto, alguns julgados ao versarem acerca do estado de filiação, o confundem com a origem genética.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação número 70057505208, de lavratura do Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, em 27 de fevereiro de 2014, decidiu declarar a ascendência materna, sem, contudo, alterar o registro de nascimento no qual consta o nome da mãe socioafetiva.

Diante do caso concreto o Tribunal se posicionou no sentido de ser imperiosa a necessidade de declaração da ascendência genética, uma vez que diverge da constante no registro civil. Porém, diante da manifestação da filha, em juízo, informando o desejo de não ver sua relação de maternidade alterada, a Câmara decidiu não conceder a alteração do registro de nascimento. Do corpo do acórdão extrai-se:

O exame de DNA comprovou esse vínculo genético e, portanto, a declaração judicial de sua existência revela-se imperativa, mesmo que não opere efeitos em relação ao assentamento de nascimento de Elaine. Assim, ainda que com o reconhecimento do liame biológico, desautorizada a anulação do registro,

porquanto tal providência afetaria sobremaneira a identidade de Elaine e a relação já consolidada, não podendo ela ser prejudicada por atos pretéritos dos quais também foi vítima, e para os quais nada, por óbvio, colaborou.
(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Entendo ser correta a posição do Tribunal, visto que de fato é de suma importância o conhecimento da origem genética, a qual está intrinsecamente ligado ao direito da personalidade de cada indivíduo ter ciência da sua ancestralidade. Todavia, o direito perseguido neste trabalho encontra-se inteiramente dissociado de qualquer reflexo registral, patrimonial ou sucessório.

Por outro lado, o STJ, no Recurso Especial número 1.458.696, de lavratura do Ministro Moura Ribeiro, em 16 de dezembro de 2014, em uma ação de anulação de registro civil combinada com investigação de paternidade, em que o filho somente na idade adulta soube que não possuía vínculo biológico com o seu pai registral, apropriadamente, posicionou-se da seguinte maneira:

O conhecimento da filiação biológica é direito da personalidade, ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

[...]

Todos têm direito ao conhecimento de sua origem genética, independentemente da existência de outro vínculo filial de caráter afetivo ou registral.
(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014b).

No entanto, neste mesmo julgado, o Tribunal trata como sinônimo o estado de filiação e a origem genética, entendendo que a busca da ancestralidade acarreta o reconhecimento do vínculo de filiação. Observe-se:

Havendo divergência entre a paternidade socioafetiva e a biológica, sendo o filho quem pleiteia o reconhecimento de sua origem genética, deve prevalecer o direito ao reconhecimento do vínculo biológico, pois o reconhecimento do estado de filiação é direito da personalidade, indisponível, imprescritível e intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014b).

Neste ponto, com a devida vênia, o julgado do Superior Tribunal de Justiça diverge do entendimento esposado no presente trabalho. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade, e, para isto, não há necessidade de reconhecer nenhum vínculo entre os envolvidos.

Todo indivíduo tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua identidade biológica, a fim de constatar seus ascendentes genéticos, para que possa tomar as medidas preventivas necessárias para prevenção da saúde física e mental. Esse direito não depende que o demandante seja inserido em relação familiar, uma vez que vindicar a origem genética é ato distinto da investigação de paternidade.

Paulo Lôbo cita como exemplo a questão relativa a inseminação artificial heteróloga, vejamos:

O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1. 597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Consequentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim. (LÔBO, 2004, p. 33).

Assim, a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação, os desenvolvimentos científicos pouco contribuem para esclarecer a relação entre pais e filho, isto é, não podem determinar o estado de filiação. Em contrapartida, o exame de DNA é prova cabal para o descobrimento da origem genética, uma vez que sua natureza é de direito da personalidade.

Se o objetivo for reconhecer vínculo de parentesco seja biológico ou não biológico, a via eleita é a ação de investigação de paternidade. No entanto, se o alvo for conhecer a origem genética do indivíduo, a ação de ascendência genética é medida que se impõe, ressalte-se sem efeitos no registro civil ou no campo patrimonial e sucessório.

2.2 O CONFLITO ENTRE FILIAÇÃO BIOLÓGICA E NÃO BIOLÓGICA: O MELHOR INTERESSE DO FILHO

Diante da importância do tema, vale mais uma vez ressaltar que a partir da CF/88 e da Convenção Internacional da ONU de 1989, a qual passou a integrar o direito brasileiro em 1990, o Estado passou a tratar todos os filhos, independente da origem, de forma similar. Assim, a socioafetividade passou a ser considerada pelos juristas como categoria própria.

Nesta esteira, não há mais prevalência da paternidade biológica sobre a socioafetiva ou vice-versa, os tribunais pátrios vão ao encontro do entendimento que privilegia o melhor interesse da criança. O STJ, responsável pela uniformização da jurisprudência em se tratando de lei federal, já se manifestou, com acerto, em favor do reconhecimento do melhor interesse do filho.

A Terceira Turma do STJ, em 2013, por meio do acórdão de lavra do Ministro Relator João Otávio de Noronha, em uma ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, reconheceu que no caso concreto deveria prevalecer a paternidade biológica, ante a socioafetiva.

Na inicial, a autora relatou ter sido registrada, quando já atingia a idade escolar, pelo segundo companheiro da mãe, como se filha dele fosse. Somente após 32 anos descobriu a sua verdadeira origem biológica, desejando, então, o reconhecimento de paternidade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença, julgando improcedente o pedido por entender presentes elementos da paternidade socioafetiva entre a autora e o pai registral por longo período, devendo prevalecer esta sobre a verdade biológica.

O entendimento do STJ, no entanto, foi a de que deve prevalecer o melhor interesse do filho. Segue a ementa:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO COMPROVADO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA BUSCADA PELA FILHA REGISTRAL.

1. Nas demandas sobre filiação, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula o reconhecimento ou a negativa da paternidade, bem como as circunstâncias fáticas de cada caso.

2. No contexto da chamada "adoção à brasileira", quando é o filho quem busca a paternidade biológica, não se lhe pode negar esse direito com fundamento na filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, sobretudo quando este não contesta o pedido.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013a).

Em outro caso, a mesma Terceira Turma do STJ, em 17 de março de 2015, negou provimento ao recurso especial interposto pelo réu - genitor biológico do autor -, o qual tinha por objetivo desconstituir a decisão que julgou procedente o pedido da exordial. O STJ considerou desnecessário o consentimento do pai biológico na hipótese de adoção de pessoa maior de idade, determinando, assim, a alteração do nome do adotado para que contasse o do seu pai socioafetivo, bem como o cancelamento do registro original.

O caso em tela diz respeito à ação de adoção de pessoa maior de idade combinada com pedido de destituição do vínculo paterno, uma vez que o genitor do autor da demanda encontra-se afastado por mais de uma década. Vejamos a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.
2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.
3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.
4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.
5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).
6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.
7. Recurso especial não provido.
(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015b, grifo nosso).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 2016, através do Recurso Extraordinário de número 898.060, de relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou precedente essencial para definição do estatuto constitucional das famílias. O pai biológico interpôs recurso contra o acórdão que estabeleceu sua paternidade, independente do vínculo com o pai socioafetivo.

O Supremo Tribunal entendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade do pai biológico, reconhecendo a pluriparentalidade, uma vez que o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, assim como não é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação. Devendo as decisões estarem pautadas no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, no direito à busca da felicidade e no melhor interesse do descendente. Vejamos um trecho da ementa:

- [...] A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.
14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. [...]
- (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)

Conquanto o direito esteja construindo um novo conceito de família, colocando no cerne da questão o afeto, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração as circunstâncias de cada caso.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, estabelece que deva ser garantida uma ampla proteção do menor em face do princípio do melhor interesse da criança, como previsto no art. 3.1 da Convenção, além dos arts. 4º e 6º do ECA. No entanto, ressalvo que nas ações de paternidade o princípio deve ser tratado de forma mais ampla, passando a elevar o melhor interesse do filho, qualquer que seja a sua idade.

Nesta acepção, o julgador deverá nortear-se de acordo com o melhor interesse do filho, e, diante do caso concreto decidir se a realização pessoal estará assegurada entre os pais biológicos, entre os pais não biológicos, ou até entre ambos. O que deve se ter em mente é que diante de uma matéria tão subjetiva que é o direito de família, não se pode impor uma verdade inquestionável, mas sim à luz do caso concreto resolver eventual colisão por meio da ponderação dos interesses postos em tela.

CONCLUSÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 revolucionou o tratamento destinado às relações de filiação estabelecidas no direito de família. Com princípios orientadores e a instituição de um novo rol de direitos, passou a tutelar a igualdade entre os filhos que até então só recebiam legitimação do Estado os que eram concebidos na constância do casamento.

Constatou-se, nessa perspectiva, que todos têm direito ao estado de filiação e que a origem biológica na relação paterno-filial não mais possui caráter primordial, já que a Lei Fundamental igualou todos os filhos. Assim, passou a ser conferido, também, ao afeto, valor jurídico norteador do Direito de Família no que tange à filiação.

Pode-se dizer que o estado de filiação é competente para estabelecer o vínculo parental, independente ou não de relação genética. Firmaram-se, na doutrina, os requisitos clássicos para a caracterização da socioafetividade na relação filial: *nomem, tractus, fama*.

Contudo, a questão em debate não diz respeito à exaltação de um dos tipos de paternidade, mas que seja garantido ao indivíduo, independentemente do seu estado de filiação, o conhecimento da sua origem genética, como direito da personalidade, destaque-se: sem fins registrares, patrimoniais ou sucessórios.

Foi explorado, neste contexto, os dispositivos legais que amparam a necessidade de se ter a ciência da sua ancestralidade, bem como a existência dessa possibilidade no direito comparado, sobretudo na Europa.

Ponto primordial sobre o tema em questão é a obrigatoriedade de submissão do réu, em ações que visem ao conhecimento da paternidade, ao exame de DNA. O presente trabalho não tem por objetivo negar a existência do direito à intimidade do demandado, no entanto, devem ser confrontados os interesses uma vez que é inerente ao direito da personalidade o conhecimento da origem genética, e, ainda, ambos guardam relação com o princípio da dignidade humana.

O que deve haver, portanto, é uma ponderação dos interesses, buscando a concordância de ambos de uma maneira harmônica. Assim, deverá ser mitigado o direito à intimidade do réu nessas ações, de maneira que prevaleça o direito do filho em ter o conhecimento da sua origem genética.

Destarte, não é prudente que os tribunais apliquem a presunção de paternidade no caso da recusa do réu a se submeter ao exame, como prevê o art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ, de forma indiscriminada. Será cabível apenas a utilização da presunção em ações que não tenham como escopo o direito da personalidade em conhecer a origem genética.

Outro aspecto de suma importância diz respeito a forma com que os tribunais confundem o estado de filiação e a origem genética, devendo ser entendido que quando o objetivo for o de conhecer a origem genética, como direito da personalidade, a via eleita é o da ação de ascendência genética, e não investigação de paternidade, uma vez que acarreta o reconhecimento de vínculo de parentesco.

As ações de família possuem um cunho eminentemente subjetivo, de forma que neste campo do direito não há uma verdade incontestável ou absoluta. O julgador, portanto, deve analisar criteriosamente cada caso concreto, tendo sempre como princípio norteador o melhor interesse do filho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Monica. Direito à filiação e bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Maria Christina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL (1916). Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL (1941). Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL (1957). Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto de adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL (1989). Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm>. Acesso em: 5 set. 2016.

BRASIL (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL (1991). Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 71373 / RS; Relator: Ministro Francisco Rezek; Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data de Julgamento: 10/11/1994; Data de publicação DJ: 22/11/1996.

BRASIL (2002). Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 set. 2016.

BRASIL (2003). Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL (2004). Projeto de lei nº 4.686 de 2004. Introduce art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil,

assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259391&filename=PL+4686/2004>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL (2009). Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 5 set. 2016.

BRASIL (2013b). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.256.025 – RS; RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data de Julgamento: 22/10/13; Data de Publicação: DJe: 19/03/2014.

BRASIL (2014a). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.281.664 – SP; Relator: Ministro Marco Buzzi; Órgão de Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 23/10/14; Data da publicação: 05/02/2015.

BRASIL (2014b). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.458.696 – SP; Relator: Ministro Moura Ribeiro; órgão Julgador: Terceira Turma; Data de Julgamento: 16/12/14; Data de Publicação DJe: 20/02/2015

BRASIL (2014). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: 70057505208, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de julgamento: 27/02/14; órgão julgador: Oitava Câmara Cível.

BRASIL (2015). Lei nº 3.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 set. 2016

BRASIL (2015a). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.444.747 – DF; Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 17/03/15; Data de Publicação DJe: 23/03/15.

BRASIL (2015b). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.536.395 – MG; Relator: Ministro Moura Ribeiro; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data de Julgamento: 25/08/15; Data de publicação DJe: 14/09/2015.

BRITO, Rodrigo Toscano. O Elementos Ausentes na Súmula 301 do STJ e suas Repercussões quanto ao Suprimento da Prova Realizada pelo Exame de

DNA .In: DIDIER JR. Fredie; NAZZEI, Rodrigo (Orgs.). Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Podivm, 2006.

CARVALHO NETO, Inácio de. A Prova Pericial na Ação de Investigação de Paternidade . In: DIDIER JR. Fredie; NAZZEI, Rodrigo (Orgs.). Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Podivm, 2006.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL (2002). Enunciados aprovados: I Jornada de Direito Civil. 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (2013). Resolução CFM nº 2.013/13. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (2015). Resolução CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 4 set. 2016.

CREMA, Luiz Gabriel. Possibilidade Ético – Jurídico do Direito à Origem Genética na Reprodução Assistida Heteróloga. 2008. 117 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Gabriel%20Crema.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR. Fredie. Editorial 68. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-68/>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. v. XVIII. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. In: DIDIER JR. Fredie; NAZZEI, Rodrigo (Orgs.). Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Podivm, 2006.

FRANÇA. Code civil. De la publication, des effets et de l'application des lois en general. 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160901>>. Acesso em: 1 set. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de famíli. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto; Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. — 8. ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2011.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. Reprodução humana assistida e a filiação civil. Curitiba: Juruá, 2011.

LACERDA, Allan Dias de. Considerações sobre a Presunção de Paternidade no Contexto da Prova Científica. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, vol. 12, n. 97, p. 208-227, jun./set. 2010. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/179/168>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. O Elementos Ausentes na Súmula 301 do STJ e suas Repercussões quanto ao Suprimento da Prova Realizada pelo Exame de DNA. In: DIDIER JR. Fredie; NAZZEI, Rodrigo (Orgs.). Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Podivm, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A parternidade socioafetiva e a verdade real. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero34/artigo03.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado. v. XVI. Recife: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Joaquim Roberto Costa. Aspectos éticos da inseminação artificial. In: FEBRASGO. Tratado de Ginecologia. v. 1. Rio de Janeiro: Revinter, 2000, p. 585-587.

LOUREIRO, Guilherme. Prova pericial e a Filiação (análise da Súmula 301 do STJ). In: DIDIER JR. Fredie; NAZZEI, Rodrigo (Orgs.). Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Podivm, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: UNIC/Rio, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. vol. 5. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, José Barcelos de. Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais: parte I. Belo Horizonte: O Tempo, 2005.

THEODORO JR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil. v. III. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. v. 6. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo; Direito Civil: Direito de Família. v. 6. 13. ed. São Paulo : Atlas, 2013.

LIMITAÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA IMPOSTAS PELO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL

Limitation to religious liberty imposed by taxation system in Brazil

Eduardo Victor de Assis Menezes

Especialista em Direito Público pela ESMAPE

Analista Judiciário

RESUMO: O princípio do não-confisco deve se mostrar compatível e capaz de conviver com todos os demais direitos assegurados aos indivíduos na Constituição. Contudo, o atual cenário de crise político-econômica que o Brasil atravessa associado ao crescente aumento da despesa pública induzem tanto a uma maior captação de recursos por meio do aumento da já elevada carga tributária quanto uma maior retenção de recursos por parte do Estado. O presente artigo esboça uma análise da compatibilidade do princípio do não-confisco com a liberdade religiosa dos cristãos e aponta uma alternativa capaz de dar efetividade ao direito subjetivo individual dessa liberdade.

ABSTRACT: The non-confiscation principle must be compatible and able to live together with all others rights secured to individual in the Constitution. However, the current politic-economic crisis scenario that Brazil is facing added to growing increase of public expenses induce so much a bigger resources catchment by the increasing of the already high tax burden as a bigger resources retention by State. This paper outlines an analysis of the compatibility between non-confiscation principle with christians religious liberty and indicates an alternative capable to give effect to the individual subjective right of this liberty.

Síntese curricular: Graduação em Ciências Navais com habilitação em Administração, pela Escola Naval; Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Analista Judiciário (Área Administrativa) do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5).

INTRODUÇÃO

No décimo dia do mês de abril de 2002, época de entrega das declarações do Imposto de Renda Pessoa Física, no periódico *Estadão*, foi publicada uma reportagem intitulada “IR: Brasil é último colocado em dedução”. Apesar de ter sido publicada há mais de uma década, o texto, para os fins a que se destina este trabalho, se mostra atual, sobretudo se considerarmos que, neste tempo, as alterações, tanto quantitativas (número de deduções) quanto qualitativas (tetos de dedução), foram inexpressivas.

À primeira vista, o autor da reportagem traz o que parece ser mais um dos justos “esperneios” dos brasileiros sobre a pesada carga tributária a que estão sujeitos. Todavia, sob um olhar mais atento, o texto se mostra apto a estimular reflexões sobre a forma como outros países se utilizam das deduções para viabilizar o mínimo existencial dos indivíduos. Nesse sentido, o Brasil, cuja Constituição foi elaborada tendo “como essência filosófica o ser humano e a consagração das garantias e direitos individuais” (LOURENÇO, 2013), se mostra sobremaneira retrógrado: na comparação com outros países, ele tanto é o que oferece o espectro mais restrito de possibilidades de gastos a serem deduzidos como também é o que tem os limites de dedução mais reduzidos.

O autor da reportagem lança mão de uma comparação feita pela Ernst & Young com outros países e aponta um sem número de gastos ligados às necessidades vitais que lá podem ser deduzidos, e com limites bem superiores aos fixados na nossa legislação. Dentre as inúmeras parcelas que podem ser deduzidas em outros países, uma em específico chama a atenção, inclusive do autor do texto: “Lá, até o dízimo pago às igrejas pode entrar na declaração”, referindo-se à Alemanha. Daí sobreveio a inspiração para investigar os fundamentos jurídicos que amparam tal dedução no imposto de renda alemão.

Portanto, considerando que: a) de acordo com o Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos - 2017, do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, em 2017, o comprometimento médio dos rendimentos brutos (salários, honorários, etc.) dos brasileiros com tributos exigidos pelos governos federal, estadual e municipal, após a elevação de 41,37% em 2015 para 41,80%

em 2016, permaneceu o mesmo do ano anterior; b) que, de acordo com o último censo do IBGE (2010), 86,8% da população brasileira é composta por cristãos¹; c) que o dízimo corresponde a 10% dos rendimentos brutos dos religiosos; parece-nos que um estudo sobre o efeito do confisco para essa parcela da população merece atenção, e uma resposta.

Nesse contexto, vislumbramos as deduções no imposto de renda pessoa física como mecanismo, utilizado também por outros países, para salvaguarda tanto da liberdade religiosa quanto do princípio do não-confisco no Brasil.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A noção de dignidade da pessoa humana estabelece um consenso teórico universal e é encontrada na maioria das Constituições do Pós-Segunda Guerra. Ela está intimamente relacionada com as incalculáveis e complexas manifestações da personalidade humana, o que torna a elaboração de um conceito universal para ela particularmente difícil.

A conceituação jurídica dada por SARLET (2004, p. 59-60) fala de uma qualidade intrínseca que, tanto faz com que o homem seja reconhecido como tal, como o distingue dos demais, tornando-o merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Nesse sentido, os direitos fundamentais se destinariam a assegurar à pessoa proteção contra atos de cunho degradante e desumano, além de “garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Para BARROSO (2012, p. 128), sob a ótica da essência da pessoa humana e da projeção dessa essência na realidade, tanto em sua individualidade quanto em sua inter-relação com a sociedade e com o Estado, a dignidade humana contém, em seu núcleo, três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário, possuindo cada um deles implicações jurídicas particulares. Ainda segundo o eminente publicista, esses elementos constituem o conteúdo mínimo da ideia de dignidade e devem ser analisados com base em uma perspectiva laica, neutra e universalista, a fim de conferir à dignidade uma noção aberta plástica e plural.

¹ Aqui, foram considerados cristãos os católicos e os evangélicos, que creem em Jesus como o Cristo (Messias) e que têm como fundamento de crença a Bíblia.

Para os fins deste trabalho, nos deteremos apenas no primeiro dos elementos indicados pelo jurista. O conceito de valor intrínseco está intimamente ligado à singularidade da natureza humana, e se opõe ao de valor atribuído ou instrumental. Referindo-se a esse valor, SARLET (2005, p. 33-34) apresenta a fórmula desenvolvida pelo alemão Günter Durig, chamada a fórmula do “objeto”. Ela fala de um atingir da dignidade da pessoa sempre que o indivíduo fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, ou seja, sempre que a pessoa viesse a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Essa “coisificação” abrange, segundo SEELMAN (2005, p. 54-55), não apenas a falta de reconhecimento da liberdade alheia (na competência da titularidade de direitos), mas também o não reconhecer o indivíduo particular com suas necessidades específicas. Quem assim o faz, degrada o indivíduo em sua dignidade.

No plano jurídico, o valor intrínseco está na gênese de um conjunto de direitos fundamentais, dentre os quais o direito ao reconhecimento (respeito à diversidade cultural ou religiosa). Temos, portanto, que, num Estado no qual a dignidade humana constitui o mais elevado valor dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa, como direito subjetivo individual, garante ao indivíduo certo espaço livre da intervenção estatal a fim de que possa orientar-se em consonância com o estilo de vida correspondente à sua convicção.

Seguindo essa linha de raciocínio, TIPKE (2008, p. 263), à luz do Direito Tributário alemão, estabelece a relação entre esse ramo do Direito e a dignidade da pessoa humana. Para ele, na escala de valores da Lei Fundamental alemã, a dignidade humana ocupa o valor mais elevado. Isso posto, o ordenamento do Direito Tributário também lhe deve observância, sendo intolerável que esse ramo do Direito deixe de observar os pressupostos materiais mínimos para uma existência humana digna. Prossegue o autor:

A importância constitucional do postulado de manter imune o mínimo necessário à subsistência é totalmente ignorada pelos esforços fiscalistas de minimalizar a imunidade tributária a eles referentes. Os pontos de vista orçamentários devem retroceder perante a realização de uma valoração constitucional prévia ao Direito Tributário. Mesmo os impostos indiretos não devem violar o mínimo necessário à subsistência.

Importa ressaltar que o conceito de mínimo existencial tem, para o autor (p. 722), um sentido amplo, abrangendo, também, o mínimo existencial social-cultural, critério que comanda uma conduta socialmente adequada do indivíduo, considerando suas necessidades específicas e reconhecendo-o como indivíduo particular. É aí que as doações a instituições religiosas encontram o fundamento

para sua dedução na Lei do imposto de renda alemão (§ 33 II 1 EStG²). A esse respeito, destaca o autor (p. 722-723):

Segundo o § 33 II 1 EStG, as despesas surgem para o sujeito passivo forçosamente se ele não pode escapar delas por motivos jurídicos, fatis ou morais. [...] Ao comportamento socialmente esperado interessa especialmente a determinação de uma obrigação moral i. S. d. § 33 II 1 EStG. A obrigatoriedade por motivos morais é somente admitida segundo pacífica jurisprudência se o sujeito passivo, segundo o julgamento da maioria “cidadão pensante razoável e justo”, pode se ver obrigado à ação, a omissão sendo “sentida como moralmente indecorosa”.

Dentre as religiões predominantes no Brasil, é no cristianismo que se torna mais perceptível a exigência do comportamento socialmente esperado em relação às contribuições, daí o afunilar da análise nesse trabalho das contribuições às instituições religiosas em geral para essa religião em específico. Além dessa, outras razões para especificação do foco do objeto de estudo para as contribuições cristãs (dízimos e ofertas) se deve: a) à representatividade percentual desse grupo religioso em relação à população brasileira; b) à precisão do valor estipulado para a doação, especialmente do dízimo, o que facilita a mensuração do seu efeito quando analisado em conjunto com a carga tributária considerada; c) a uma maior profundidade dos argumentos utilizados pela fé cristã para fundamentar tais doações, que vão além do sentimento de solidariedade do homem religioso para com os demais da mesma espécie, argumentação mais comum entre as demais religiões.

2. LAICIDADE

Antes de adentrarmos no tema da liberdade religiosa e com o fito de seguir a retrocitada orientação de BARROSO, segundo a qual o valor intrínseco, um dos elementos constituem o conteúdo mínimo da ideia de dignidade, deve ser analisado com base em uma perspectiva laica, neutra e universalista, importa adentrarmos, ainda que brevemente, no tema laicidade.

Em conformidade com o Relatório da Comissão de Reflexão sobre a Aplicação do Princípio da Laicidade na República (França, 2003), mais amplamente conhecido por Relatório da Comissão Stasi, “a laicidade supõe a independência entre o poder político e as diferentes opções espirituais ou religiosas. Elas não exercem influência sobre o Estado e nem este sobre elas”.

² Referindo-se à Lei do imposto de renda alemão, Einkommensteuergesetz (EStG).

Portanto, num Estado laico, não há privilégios concedidos a esta ou àquela religião, uma vez que a laicidade coloca o Estado, em cujo fundamento toma parte o princípio da igualdade, justamente numa posição de neutralidade.

Essa neutralidade, todavia, não significa a abolição das religiões ou a adoção de uma perspectiva ateísta pelo Estado, pois a própria negação da existência de Deus já consiste num posicionamento religioso, não lhe cabendo a primazia, também, sobre as demais crenças. Nesse sentido, STERNICK (2010, p. 98), ao tratar da liberdade religiosa no Estado de Israel, nos traz os contornos da laicidade no âmbito de um Estado democrático:

[...] um Estado rigorosamente laico e democrático é aquele que se coloca em posição de neutralidade em relação às religiões e no qual o poder político não encontra seu fundamento de validade e legitimidade nas concepções sagradas. De fato, o Estado reconhece o fenômeno religioso e inclusive tutela o seu exercício, colocando as diferentes confissões religiosas em um mesmo plano e com igual liberdade. Ele não privilegia os fiéis de uma religião em detrimento de outros e separa, de forma explícita, as instituições públicas das crenças religiosas.

Como se vê, a relação entre o Estado laico e as religiões não é, de forma alguma, de desprezo, mas de neutralidade. Nele, reconhece-se o fenômeno religioso e tutela-se o exercício de suas práticas, sem, contudo, tirar dele o fundamento de validade e a legitimidade do poder político.

No Brasil, o modelo de separação entre a Igreja e o Estado, tornando-o um Estado laico, foi instaurado com o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, de autoria de Ruy Barbosa, e foi recepcionado pela nova ordem republicana em 1891. Na vigente ordem constitucional, o princípio da laicidade foi consagrado no inciso I do artigo 19, segundo o qual vedou-se aos entes federativos “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Ainda sobre laicidade e sua relação com a interpretação do exercício da religião, cumpre-nos trazer a jurisprudência³ do TCF alemão (MARTINS, p. 358) a fim de dar continuidade à linha de pensamento conduzida:

[...] não pode deixar de ser considerado como as organizações religiosas e filosóficas vêm a si próprias (auto-entendimento). É certo que o Estado laico tenha, em princípio, que interpretar os conceitos constitucionais a partir de aspectos neutros, universais, válidos abstratamente e não vinculados confessional

³ BVerfGE 24, 236 – Aktion Rumpelkammer

ou ideologicamente. Porém, numa sociedade pluralista, onde a ordem jurídica pressupõe justamente o auto-entendimento religioso e ideológico, como ocorre com a liberdade de culto, o Estado violaria a autonomia e a auto-suficiência das igrejas [...] se ele não considerasse, na interpretação do exercício da religião resultante de uma determinada confissão religiosa ou ideologia, o seu respectivo auto-entendimento. Com base no auto-entendimento das igrejas católica e evangélica, o exercício da religião abrange não apenas o campo da fé e do culto religioso, como também a liberdade para o desdobramento e, tomando influência no mundo real, o que corresponde às suas tarefas religiosas e diaconais [...].

No Estado laico, portanto, a despeito de a interpretação dos conceitos constitucionais partir de uma perspectiva neutra e universal, sem vinculação confessional, a ordem jurídica pressupõe o auto-entendimento religioso, o conhecimento de como as organizações veem a si mesmas e das formas de expressão da crença, não apenas em termos de convicção íntima ou do culto religioso, mas também no tocante ao exercício dos deveres religiosos como práticas sobrenaturais e o impacto delas no mundo natural.

3. AUTO-ENTENDIMENTO DA FÉ CRISTÃ SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES

O dízimo, segundo a doutrina bíblica, corresponde a uma contribuição a Deus com valor preestabelecido de 10% das receitas do cristão. A primeira menção bíblica ao assunto se situa no Antigo Testamento, com Abrão, nomeado na Bíblia como o pai da fé, entregando a ordenança ao sacerdote Melquisedec, conforme registro no Livro de Gênesis, capítulo 14, versículos de 18 a 20:

Melquisedec, rei de Salém, trouxe pão e vinho; era sacerdote do Deus Altíssimo; abençoou ele a Abrão e disse: Bendito seja Abrão pelo Deus Altíssimo, que possui os céus e a terra; e bendito seja o Deus Altíssimo, que entregou os teus adversários nas tuas mãos. E de tudo lhe deu Abrão o dízimo.

Segundo o Manual⁴ do Centro de Treinamento Bíblico Rhema Brasil⁵, vê-se claramente, neste ato, que Abrão reconhece que a fonte de toda a sua riqueza e renda é o Senhor. E, como ele não tem como dar diretamente a Deus esse recurso, o faz a quem o representa. Ainda segundo o retrocitado Manual, Abrão entende que tem responsabilidade de dar suporte àquele que cuidava em trazer

⁴ p. 100

⁵ O Centro de Treinamento Bíblico RHEMA é uma instituição de ensino das doutrinas bíblicas de caráter interdenominacional presente em mais de 50 países e que já formou mais de 50 mil alunos. No Brasil, há 131 unidades espalhadas nos 27 estados da federação.

a informação divina e fazer a mediação. Melquisedec, por sua vez, ao receber bens materiais, transmite, ao que lhe entregou bens materiais, bens espirituais, estabelecendo, assim, uma aliança de prosperidade entre Abrão e Deus. Como pai dos israelitas, Abrão lança as bases para o comportamento de seus herdeiros.

No Novo Testamento, no Evangelho de Mateus, capítulo 23, versículo 23, Jesus, considerado pelos cristãos como o Salvador (Messias), confirma o dever de entregar os dízimos na Nova Aliança, e no Livro de Gálatas, capítulo 3, versículos de 15 a 17, o Apóstolo Paulo afirma que a aliança de prosperidade feita entre Abraão e Deus permanece válida para os cristãos através da fé em Jesus Cristo:

Irmãos, falo como homem. Ainda que uma aliança seja meramente humana, uma vez ratificada, ninguém a revoga ou lhe acrescenta alguma coisa. Ora, as promessas foram feitas a Abraão e ao seu descendente. Não diz: E aos seus descendentes, como se falando de muitos, porém como de um só: E ao teu descendente, que é Cristo. E digo isto: uma aliança já anteriormente confirmada por Deus, a lei, que veio quatrocentos anos depois, não a pode ab-rogar, de forma que venha a desfazer a promessa.

Dessa forma, as promessas feitas ao descendente de Abraão, que é Cristo, chegam aos gentios pela fé em Jesus, sendo a expressão desta fé a própria entrega dos dízimos à Igreja: assim como fez Abraão com o sacerdote Melquisedec, representante de Deus, para entregar a Deus sua oferta de gratidão, assim os cristãos entregam recursos àquele que é o intercessor dos homens junto a Deus (Jesus) por meio da Igreja, que O representa, como registrado no Livro de Hebreus, capítulo 7, versículo 8:

E aqui certamente tomam dízimos homens que morrem; ali, porém, aquele de quem se testifica que vive.

Como se percebe, para os cristãos, a entrega dos dízimos não é um mero ato de caridade, mas verdadeira expressão de adoração a Jesus Cristo. E além disso, uma forma que cada crente tem de contribuir para a expansão do reino de Deus na terra, levando o evangelho, a mensagem da salvação crida, aos demais seres humanos.

⁶ Ao fazer a Abrão a promessa de que ele, cuja mulher (Sarai) era estéril, teria com ela uma nação de descendentes, Jeová (Deus), troca-lhe o nome para Abraão, que significa, no hebraico, pai de multidões.

⁷ Palavra utilizada para designar coletivamente os povos e nações distintos do povo israelita; povo não-judeu.

⁸ referindo-se aos lugares celestiais, onde, segundo a Bíblia, Jesus Cristo vive após sua ressurreição.

4. LIBERDADE RELIGIOSA

A expressão “liberdade religiosa” não consta literalmente no texto constitucional⁹. O termo mais próximo da perspectiva da liberdade religiosa que se deseja abordar neste trabalho e que encontra apoio textual na Carta de 1988 é a liberdade de consciência e de crença, prevista no inciso VI do artigo 5º, segundo o qual “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

NETO (2007, p.72) traz um Catálogo de Posições Jusfundamentais (CPJ) derivadas do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo. Nele, constam, como direito subjetivo, 49 (quarenta e nove) posições, sendo 29 (vinte e nove) como direito subjetivo individual e 20 (vinte) como das igrejas. Nos interessa destacar, para a persecução do propósito deste trabalho, apenas um dentre aqueles tomados como direito subjetivo individual: (1.1.3) liberdade de atuação segundo a própria crença (unidade essencial entre crença e conduta religiosa – agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada).

A partir da Posição Jusfundamental destacada, percebe-se que a liberdade religiosa, como direito subjetivo individual, não se restringe apenas ao forum internum do indivíduo, como um sentimento sagrado puro ou um direito de se escolher uma fé religiosa ou mesmo de deixar de acreditar, pois se essa se configurasse apenas como uma liberdade interna não haveria porque ser tutelada, vez que ao Direito não interessa a liberdade interna. A liberdade religiosa contempla, também, a exteriorização da crença. Como assinala o renomado constitucionalista SILVA (2006, p. 248):

⁹ Quanto ao fenômeno religioso, podemos citar muitos outros dispositivos constitucionais, a saber: No Preâmbulo, a menção à “proteção de Deus”. No âmbito dos direitos e garantias fundamentais, temos dentre os direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, os incisos VI, citado adiante no trabalho, o VII (assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva), o VIII (vedação à privação de direitos por motivo de crença religiosa – objeção de consciência). No Título da Organização do Estado, o já citado princípio da laicidade, no art. 19, I). No Título V, no Capítulo da Forças Armadas, o serviço alternativo ao militar obrigatório – imperativo de consciência). No Título VI, ao tratar das limitações ao poder de tributar, a vedação à instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, no art. 150, VI, “b”). No Título da Ordem Social, a previsão de ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º) e a possibilidade de direção de recursos públicos à escolas confessionais (art. 213, caput e inciso II), além de conferir-se efeito civil ao casamento religioso (art. 226, § 2º).

A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática de ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

Nessa esteira, MACHADO (1996, p. 222) corrobora o entendimento de que “a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (belief) e conduta (action), que resultasse numa generosa protecção da primeira e na desvalorização da segunda”.

Assim também, é firme a jurisprudência¹⁰ do Tribunal Constitucional Federal alemão - TCF (MARTINS, p. 352) ao se referir à liberdade de crença:

Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la. Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo o seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa.

Vemos, portanto, que a proteção da liberdade de crença abrange, antes de qualquer coisa, as convicções religiosas que, diante de uma situação concreta da vida, requeiram, mesmo que de forma não coercitiva, uma atitude estritamente religiosa, coerente com a atitude prescrita pela crença.

5. O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio do não-confisco constitui uma das colunas do Direito Tributário. Sua finalidade precípua é o de estabelecer limites ao poder de tributar do Estado frente ao direito de propriedade. Sua previsão é encontrada no artigo 150, IV da Constituição da República de 1988, nos seguintes termos: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV – utilizar tributo com efeito de confisco”.

¹⁰ BVerfGE 32, 98 (2 et seq.) - Gesundheitsgesetz II

O conceito de confisco está ligado à apreensão da propriedade em prol do Fisco em consequência de crime ou contravenção (caráter de penalização). Com efeito, quando pensamos em direito de propriedade, vem-nos logo à mente o sentido que lhe empresta o nosso Código Civil, como mero direito real. Todavia, não é esse o sentido que lhe daremos. Tomaremos-lo em sentido amplo, como instituição e valor constitucional, conforme propõe GOLDSCHMIDT (2003, p. 39). Para o autor, a concepção do direito de propriedade como mero direito real “está até historicamente superada na atualidade, afigurando-se mesmo imprópria a servir de empréstimo à interpretação de nossa Carta.”

Mais adiante em sua obra, GOLDSCHMIDT (2003, p. 61) deixa claro em que sentido o referido princípio tributário deve ser compreendido na perspectiva constitucional:

Em verdade, parece-nos lógico que o dispositivo do art. 150, IV, da Constituição deva se mostrar compatível e capaz de conviver com todos os demais direitos assegurados ao particular pela Carta. [...] Todos os direitos constitucionais devem ser capazes de subsistir e se desenvolver à luz do sistema tributário, até porque praticamente todos poderiam ser anulados ou sensivelmente afetados pela tributação excessiva.

Prossegue o autor afirmando que sempre que a tributação penalize pela obstaculização ao exercício pleno de outros direitos, ela estará servindo de instrumento para frustrar o exercício de garantias constitucionais, e, por conseguinte, ficará caracterizado o efeito de confisco, correspondendo à penalização a restrição de direitos.

Ainda segundo GOLDSCHMIDT (2003, p. 62), com muito mais atenção se há de fiscalizar a ocorrência do efeito de confisco no caso especial de direitos elencados no Título II (direitos e garantias fundamentais),

pelo simples fato de haver disposição constitucional expressa garantindo a sua auto-aplicabilidade, bem como a inconstitucionalidade de emendas à Carta (e evidentemente, de todo e qualquer diploma normativo hierarquicamente inferior) tendentes à sua abolição.

Na lição de BRITO MACHADO (2003, p. 47), quanto à aferição do efeito de confisco do tributo, “o caráter confiscatório há de ser avaliado em função do sistema, vale dizer, em face da carga tributária resultante dos tributos em conjunto.”

6. A CARGA TRIBUTÁRIA EM CONJUNTO NO BRASIL

É muito comum ouvir-se falar sobre a pesada carga tributária a que os brasileiros estão sujeitos. Há uma referência peculiar para a análise do valor da carga tributária em conjunto, sobretudo considerando que a base do cálculo do valor dos dízimos são os rendimentos do religioso, que é o percentual do rendimento do contribuinte comprometido com o pagamento dos tributos exigidos pelos governos federal, estadual e municipal.

Segundo o Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos - 2016, do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, o contribuinte brasileiro, no corrente ano, teve que destinar em média 41,80% dos seus rendimentos somente para pagar os tributos (impostos, taxas e contribuições) exigidos pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Se considerarmos o rendimento mensal entre 3mil e 10 mil reais, esse percentual sobe para 44,54%, e, para rendimentos acima de 10 mil, o percentual é de 42,62%. Isso significa que o contribuinte brasileiro trabalhou até o dia 1º de junho somente para pagar tributos, tempo que, na década de 1970, era a metade.

O levantamento foi feito por faixa de renda (classe baixa: até 3 mil reais; classe média: de 3 mil a 10 mil reais; e classe alta: acima de 10 mil reais) e considerou o período de maio de 2015 a abril de 2016. Para o cálculo do percentual, o estudo aponta que a tributação incidente sobre os rendimentos (salários, honorários, etc.) é composta principalmente pelo Imposto de Renda Pessoa Física, pela contribuição previdenciária (INSS, previdências oficiais) e pelas contribuições sindicais. Além disso, contempla a tributação sobre o consumo – já inclusa no preço dos produtos e serviços – (PIS, COFINS, ICMS, IPI, ISS, etc) e também a tributação sobre o patrimônio (IPTU, IPVA, ITCMD, ITBI, ITR), abarcando, ainda outras tributações, como taxas (limpeza pública, coleta de lixo, emissão de documentos) e contribuições (iluminação pública,...).

Considerando o cenário de inflação crescente, típico da crise em que o Estado está imerso atualmente, e a defasagem da correção da tabela do IRPF em relação à inflação que, segundo um levantamento do Sindifisco Nacional, em 20 anos, somou 72,18%, as deduções na declaração de Imposto de Renda surgem, sobretudo para os brasileiros, como verdadeiro "escape" para compensar a confusão que o Fisco faz entre renda e receita. Portanto, "o que" e "o quanto" poderia ser deduzido fazem parte do juízo do que o Estado considera como necessidades básicas dos contribuintes, devendo-se observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e à fruição do mínimo existencial por parte destes.

Todavia, não é assim que se apresentam as deduções por aqui: De acordo com uma comparação entre o Brasil e outros cinco países da lista das trinta maiores cargas tributárias do mundo (Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos e Japão), realizada pela Ernst & Young¹¹, a legislação tributária brasileira também se destaca negativamente, não apenas quando se fala em termos de alíquotas, mas principalmente quando o assunto é o número de deduções na declaração de IR: Ela aparece, com a pior relação de descontos.

Assim, apesar de em outros países as alíquotas do IR serem superiores às brasileiras, as deduções, por compreenderem de forma mais abrangente os gastos com necessidades básicas, acabam por minimizar o quantum despendido com o imposto em comento.

A forma de tributação nesses cinco países permite que os contribuintes descontem a maioria dos gastos essenciais, como moradia, saúde, educação. Neles, a lista de descontos é mais extensa e os limites para as deduções também são maiores. Além dos valores associados às necessidades básicas, a legislação pretende proteger outras liberdades asseguradas constitucionalmente, como a religiosa, por exemplo. Por isso, em países como Alemanha e Estados Unidos, também os dízimos entram na lista de deduções possíveis.

Outro aspecto do sistema tributário brasileiro a ser considerado na presente análise é a proporção entre impostos diretos (que recaem sobre os indivíduos, como o IRPF e IPTU) e indiretos (os que recaem sobre produtos e serviços). Segundo o relatório A distância que nos une - um retrato das desigualdades brasileiras, elaborado pela filial da ONG britânica OXFAM no Brasil, com base em dados da Secretaria da Receita Federal, da Secretaria do Tesouro Nacional, da Confaz e do IBGE de 2015, mais da metade (53%) da receita tributária do Brasil é formada por tributação do consumo, incidente sobre itens como alimentação, medicamentos, vestuário, transporte, aluguel etc. É justamente com esses itens que os mais pobres gastam a maior parte de sua renda, o que faz com que esse tipo de tributação onere de maneira injusta os mais pobres. Segundo o estudo (p.44), "no caso do imposto sobre a renda, mais justo, ele é responsável por apenas 25% da arrecadação total. Como consequência, a carga tributária pesa mais nas menores rendas. Os 10% mais pobres no Brasil gastam 32% de sua renda em tributos (28% dos quais são indiretos). Por outro lado, os 10% mais ricos gastam apenas 21% de sua renda em tributos, sendo 10% em tributos indiretos)".

Fonte: Agência Estado. IR: Brasil é último colocado em dedução. 10 abr 2002.

Ainda segundo o mesmo relatório, a proporção entre impostos diretos e indiretos é maior em outros países, o que denota uma baixa tributação de patrimônio. Por exemplo, no Brasil, a arrecadação com impostos patrimoniais representa apenas 4,5% do total, diferentemente do que se observa no Japão, Grã-Bretanha e Canadá, onde essa taxa é de mais de 10%. Já nos Estados Unidos da América, ela chega a 12,15%. Outro exemplo é o imposto sobre a herança, que representa cerca de 0,6% da arrecadação nacional; algumas vezes, as alíquotas sequer são aplicadas. Em São Paulo, a alíquota do imposto sobre herança é de 4%. No Reino Unido, ela alcança 40%. Além disso, há diversos tipos de patrimônio simplesmente não tributados, como a posse de jatos, helicópteros, iates e lanchas não incorre no pagamento, diferentemente do IPVA.

A leitura da proporção entre impostos diretos e indiretos deve, também, ser conjugada à dos indicadores de renda das representações religiosas do censo demográfico 2010 (IBGE): na classe de rendimento de até um salário mínimo, estão concentrados 55,8% dos católicos e 63,7% dos evangélicos pentecostais, constituindo os cristãos o grupo com a maior proporção de pessoas na referida classe de rendimento. Ou seja, a grande maioria dos cristãos estão concentrados no 1º decil mais pobre da população, e são justamente eles que sofrem mais acentuadamente com a má distribuição da carga tributária, gastando 32% de sua renda em tributos, enquanto os 10% mais ricos gastam apenas 21%.

7. HISTÓRICO DAS DEDUÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Primeiramente, cumpre ressaltar que, até 1988, as regras vigentes no Brasil eram bem semelhantes às aplicadas aos países anteriormente citados na comparação.

Especificamente em relação aos dízimos, a dedução dos referidos valores encontrava-se amparada na alínea "f" do artigo 40 do Decreto nº 17.390, de 26 de julho de 1926, que aprovou o regulamento do Imposto sobre a Renda daquele ano até 1988, nos seguintes termos:

Art. 40. Para calcular a renda global líquida sujeita às taxas complementares, serão feitas na renda bruta, a que se refere o art. 39, as deduções seguintes (Lei n. 4.984):

(...)

f) as contribuições e doações feitas aos cofres públicos, às instituições e às obras filantrópicas, excepto impostos e taxas não especificados neste regulamento. (sic)

Em 23 de dezembro de 1988, foi publicada a Lei nº 7.713, alterando a legislação tributária e excluindo a possibilidade de a ordenança bíblica ser deduzida na declaração do Imposto sobre a Renda, restando possíveis apenas as deduções das seguintes doações:

I - Estatuto da Criança e do Adolescente - contribuições aos Fundos controlados pelos Conselhos municipais, estaduais, Distrital e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II - Fundos Nacional, Estaduais ou Municipais do idoso;

III - Incentivo à Cultura, observadas as condições da legislação pertinente;

IV - Incentivo à Atividade Audiovisual, observadas as condições da legislação pertinente;

V - Incentivo ao desporto, observadas as condições da legislação pertinente;

VI - Contribuição patronal paga à Previdência Social pelo empregador doméstico incidente sobre o valor da remuneração do empregado;

VII - Incentivo ao Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência (Pronas-PCD), observadas as condições da legislação pertinente;

VIII - Incentivo ao Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica (Pronon), observadas as condições da legislação pertinente.

Como se vê, atualmente, a legislação brasileira exclui de seu arcabouço legal qualquer possibilidade de dedução de dízimos na declaração de imposto de renda. Paradoxalmente, tal possibilidade deixou de existir em 1988, ano em que foi promulgada a atual Carta Magna, que tem “como essência filosófica o ser humano e a consagração das garantias e direitos individuais” (LOURENÇO, 2013).

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6609/13, do Deputado Takayama (PSC-PR), que propõe que funcionários públicos estatutários e empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) possam descontar diretamente da folha de pagamento e deduzir do Imposto de Renda (IR) doações para instituições de assistência social sem fins lucrativos e igrejas até o percentual máximo de 15% do salário líquido do doador, estabelecendo, também, requisitos legais de constituição e funcionamento.

Diante da fragilidade dos fundamentos jurídicos utilizados na justificação do projeto (facilitar as doações sistemáticas para realização de atividades de natureza filantrópica pelas igrejas), o projeto de lei recebeu, em 02/06/2014, do deputado Silvio Costa (PSC-PE), parecer por sua rejeição, amparado

essencialmente na onerosidade da implementação de seu objeto para os empregadores e no apontamento de outras formas mais simples de viabilização das doações.

Na justificação do referido projeto de lei, a questão fundamental da ponderação entre o princípio do não-confisco e o da dignidade da pessoa humana sequer foi mencionada. Entendemos que o fundamento de as pessoas carentes encontrarem, muitas vezes, nas igrejas, o único apoio que conhecem para apoio material ou de natureza médica, também é demasiado frágil frente às questões apresentadas nesse trabalho até aqui.

Em 22/04/2015, o dito projeto de lei foi retirado de pauta, "ex officio", na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP).

8. CONCLUSÃO

Como bem nos ensina NADER (2009, p.56), o *homo religiosus* é participante no processo social e contribui, com o seu modo de pensar e de sentir, na formação da vontade social, que por sua vez é decisiva na elaboração do Direito. De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, o mais elevado valor dos direitos fundamentais, o ser humano é uma preocupação central para o Estado, um fim em si mesmo, e não como meio para se obter um resultado (objeto). A observância deste princípio implica o reconhecimento, tanto pelo Estado como pela comunidade, do indivíduo particular (o *homo religiosus*), em suas necessidades específicas, garantindo-se-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e para o desenvolvimento de sua personalidade.

Não se pense, todavia, que o mínimo existencial tem, aqui, um sentido estrito, restringindo-se a um “ter saúde, o que comer e o que vestir”. Pelo contrário, tem um sentido elástico e plural, e abrange o pleno desenvolvimento de cada ser humano, dirigindo seu destino de acordo com os valores que cada eleger como importantes à sua própria vida. Estes valores se constituem em fatores decisivos e determinantes na construção dos projetos de cada indivíduo e amparam a tomada das providências necessárias para o alcance da plenitude existencial do ser humano.

Valoração prévia ao Direito Tributário, este princípio também deve ser observado pela legislação tributária, não sendo admissível ao Estado ignorar a importância constitucional do postulado de manter imune o mínimo necessário à subsistência, incluído aí o mínimo existencial social-cultural, ao qual estão ligadas as obrigações morais relacionadas à liberdade exterior dos crentes de

orientarem seus comportamentos segundo sua íntima convicção religiosa. Tal ignorância resulta numa degradação do indivíduo em sua dignidade.

Não se nega a importância e a necessidade do Estado de auferir recursos para a sua sustentação, sobretudo considerando-se suas atribuições inerentes ao Welfare State. Nesse contexto, o princípio do não-confisco assume relevância. Vimos, todavia, que esse princípio deve se mostrar compatível e capaz de conviver com todos os demais direitos assegurados aos indivíduos na Constituição. Portanto, a tributação não pode causar obstáculos ao exercício pleno de outros direitos. Nesse sentido, parece-nos mais coerente com a ordem jurídica que se promovam reformas no sistema tributário, para que a tributação atue de forma redistributiva, e não concentradora. No Brasil tem ocorrido justamente o contrário: o sistema tributário tem penalizado os pobres e aliviado os ricos, que acumulam renda e, conseqüentemente, patrimônio, sendo este um território pouco habitado por impostos. Por exemplo, apesar de previsto na Carta Magna de 1988, até hoje o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) não foi criado. Além disso, apesar de termos uma porção de terra cultivada de cerca de 300 milhões de hectares (35% de todo o território nacional), o valor arrecadado com o Imposto Territorial Rural (ITR) representa menos de 0,06% do total arrecadado pelo Estado brasileiro, sem contar com a grande quantidade de impostos que simplesmente não são pagos, sejam por elisão seja por evasão fiscal.

Certa controvérsia existe entre os tributaristas sobre se a carga tributária em conjunto no Brasil já teria, por si só, o efeito confiscatório. Toda dúvida parece se dissipar, contudo, quando se considera a prática da ordenança bíblica (10% sobre os rendimentos brutos dos cristãos) associada ao comprometimento médio dos rendimentos (salários, honorários, etc.) dos brasileiros com tributos exigidos pelos governos federal, estadual e municipal, de 41,80%. Se considerarmos, ainda, que os 10% mais pobres da população gastam 32% de sua renda em tributos (em contraposição aos 10% mais ricos, com 21%) e que é justamente nessa camada mais pobre da sociedade onde estão os cristãos, o efeito confiscatório é inegável.

Parece-nos uma contradição que, justamente em 1988, ano de promulgação da Constituição Cidadã, a legislação tributária tenha regredido no sentido de não contemplar os valores despendidos com dízimos e ofertas nas deduções do imposto de renda. Tais deduções, sem dúvida, constituiriam um mecanismo viabilizador da liberdade religiosa como direito subjetivo individual, possibilitando a orientação do crente em consonância com o estilo de vida correspondente à sua convicção.

Como vimos, esteve tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei no sentido de tornar isentas as ordenanças bíblicas da tributação pelo imposto de renda, mas, devido à fragilidade da justificação, o projeto não prosperou. Certamente, diante da apresentação de uma justificação mais bem fundamentada, levando-se em consideração os aspectos abordados nesse trabalho, a discussão se tornaria mais interessante. De fato, a fome estatal por recursos tem prevalecido mesmo diante de boas argumentações jurídicas, como se veem no caso de defasagem da correção da tabela do IRPF em relação à inflação.

Enquanto o Fisco não conseguir discernir renda e receita, parece-nos que o juízo do que o Estado considera como necessidades básicas dos contribuintes continuará a ser orientado apenas pelas suas necessidades financeiras, e não pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais ou pelo princípio do não-confisco.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. IR: Brasil é último colocado em dedução, abr 2002. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ir-brasil-e-ultimo-colocado-em-deducacao,20020410p9878>>. Acesso em 07 jul 2016.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 919, p. 127-195, mai. 2012.

BRITO MACHADO, Hugo de. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GÊNESIS, MATEUS, GÁLATAS, 2 CORÍNTIOS: In: Bíblia Sagrada: Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed. Barueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não-confisco no direito tributário, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. Dias trabalhados para pagar tributos – 2017, mai 2017. Disponível em <<https://ibpt.com.br/noticia/2587/Brasileiro-trabalhara-ate-sexta-feira-2-de-junho-so-para-pagar-impostos-releva-IBPT>>. Acesso em 30 mai 2018.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos, Coimbra: Coimbra Editora, 1996

MARTINS, Leonardo (Org.). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Berlin: Konrad Adenauer Stiftung E.V.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETO, Jayme Weingartner. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

LOURENÇO, Iolando. Elaboração da Carta de 1988 teve o ser humano como referência, diz relator da Constituinte, out 2013. Disponível em < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-04/elaboracao-da-carta-de-1988-teve-ser-humano-como-referencia-diz-relator-da-constituente>>. Acesso em 25 jul 2014.

OXFORD COMMITTEE FOR FAMINE RELIEF BRASIL. A distância que nos une - um retrato das desigualdades brasileiras, set 2017. Disponível em < <https://www.oxfam.org.br/publicacoes/a-distancia-que-nos-une-um-retrato-das-desigualdades-brasileiras>>. Acesso em 30 mai 2018.

RODRIGUEZ, Diogo Antonio. O Brasil tem os maiores impostos do mundo?. Revista Galileu, abril 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, 3 ed., ver., atual. E ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, SEELMAN. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional / Béatrice Maurer ... [et al.]; Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed. , 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

SINDIFISCO NACIONAL. A defasagem na correção da tabela do imposto de renda pessoa física, jan 2016. Disponível em < https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24246:a-defasagem-na-correcao-da-tabela-do-imposto-de-renda-pessoa-fisica-sp-481042883&catid=181&Itemid=384>. Acesso em 07 jul 2016.

STERNICK, Daniel. O conceito de laicidade no Estado judeu: controvérsias em torno da liberdade religiosa em Israel. In: LEITE, Fábio (Org.). Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO, 2010, p. 98.

TIPKE, Klaus. Direito Tributário (Steuerrecht)/Klaus Tipke, Joachim Lang; [colaboradores] Roman Seer... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

VIDA DE PROSPERIDADE In: Manual do Centro de Treinamento Bíblico Rhema Brasil – Módulo 3 Segundo Ano.

SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO STF E O INDEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Binding Precedent Nº 5 Of The Stf And The Undue Disciplinary Administrative Process

Fernando Gonzaga Jayme

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Relações Internacionais pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela UFG. Diretor e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.

Cirilo Augusto Vargas

Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: Este trabalho consiste em uma análise crítica da jurisprudência do STF, em especial da sua quinta súmula vinculante, editada em maio de 2008. O enunciado, que relativiza a importância da defesa técnica no processo administrativo disciplinar, baseia-se em premissas fixadas na década de 1990 a partir do significado restritivo do princípio do contraditório e do processo justo. O atual estágio de desenvolvimento teórico do Direito Processual, alcançado pela interpretação da Constituição da República de 1988, revela a inconsistência da súmula vinculante nº 5 ante o anacronismo do raciocínio jurídico no qual ela se baseia.

ABSTRACT: This work consists of a critical analysis of the jurisprudence of the STF, in particular of its fifth binding precedent, edited in May 2008. The statement, which relativizes the importance of technical defense in the disciplinary administrative process, is based on premises established in the

decade of 1990 from the restrictive meaning of the adversarial principle and the fair trial. The current stage of theoretical development of procedural law, achieved by the interpretation of the Constitution of the Republic of 1988, reveals the inconsistency of binding precedent nº 5 due to the anachronism of the legal reasoning on which it is based.

Palavras-chave: súmula vinculante nº 5 – relativização da defesa técnica – prejuízo processual – violação do princípio do contraditório e do processo justo.

Key words: binding precedent nº 5 – relativization of technical defense – procedural impairment – violation of the principle of adversary and the fair trial.

1. INTRODUÇÃO

O modelo de processo qualificado como justo, correto e efetivo, está umbilicalmente ligado à garantia do devido processo legal¹ e à própria dignidade humana. A noção de fair trial não é recente e remonta à Sexta Emenda da Constituição norte-americana, aprovada em 1791. Segundo Paolo Ferrua², professor da Universidade de Torino,

com a expressão “processo justo” se pode indicar tanto um modelo ideal de processo, independentemente das suas realizações históricas, quanto as descrições que caracterizam o processo dentro dos sistemas que a esta ou a outras fórmulas se lembra: o fair trial e o due process of law da tradição anglo-americana, o procès équitable da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, enfim, o giusto processo nos termos do artigo 111 Constituição italiana.

A análise do conteúdo do fair trial revela a assistência jurídica como seu componente necessário, fator determinante de influência³ sobre o desenrolar do procedimento dialético. Muito embora a presença de um advogado tenha sido

¹ Para Marcelo Veiga Franco “a teoria do processo justo parece ser aquela que, atualmente, melhor está apropriada a um Estado Democrático de Direito que define o processo a partir do seu arcabouço constitucional.” (Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 147).

² Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai.-ago. 2017, p. 664. No século XX, especialmente no período pós Segunda Guerra Mundial, diversos instrumentos normativos supranacionais de proteção de Direitos Humanos fizeram menção à cláusula do processo justo, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (art. 10º), da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1953 (art. 6º) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 8º).

³ SOARES, Carlos Henrique. Estatuto da advocacia e processo constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 329.

apontada, desde o século XVIII, como fundamental em processos criminais, o que se percebe é que, há algumas décadas, adquiriu relevância a defesa técnica em feitos civis e administrativos, conduzindo a reinterpretação da garantia do processo justo.

Apontamos dois exemplos deste posicionamento de vanguarda.

Cresce nos Estados Unidos movimento denominado Civil Gideon – em alusão à célebre decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963)⁴ – amparado no argumento de que o direito fundamental à defesa técnica estende-se para além da esfera criminal⁵ e em estudos que apontam os impactos negativos aos quais os cidadãos norte-americanos (especialmente a parcela pobre da população) estão sujeitos, ao litigar sem amparo de um advogado⁶.

E ainda: na década de 1970, a irlandesa Johanna Airey, após sofrer contínuo abuso físico e psicológico por parte do marido, deu início a penosa jornada para obter separação judicial. O esforço perante as instâncias ordinárias foi em vão: faltou-lhe defesa técnica civil, dada sua incapacidade financeira de contratar um advogado. A questão foi submetida à Corte Europeia de Direitos Humanos, que julgou o caso em desfavor do Estado Irlandês, formando, em 9 de outubro de 1979, o *leading case* denominado *Airey v. Ireland* (32 Eur Ct HR Ser A – 1979)⁷. Através do precedente restou decidido que o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos assegura assistência jurídica gratuita em casos cíveis, como condição para acesso efetivo à justiça.

Independentemente da base normativa nacional e estrangeira inerente ao processo justo, o STF editou no ano de 2008 a súmula vinculante nº 5, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. O enunciado foi elaborado apesar (ou em razão) da existência prévia da Súmula 343 do STJ, diretriz processual fundamentalmente oposta: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

⁴ Adiante faremos abordagem mais detalhada sobre o caso *Gideon v. Wainwright*. Decisão disponível em: [http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html]. Acesso: 12.6.2017.

⁵ MARVY, Paul. Thinking about a civil right to counsel since 1923. *Clearinghouse Review – Journal of Poverty, Law and Policy*, v. 40, 2006, p. 170.

⁶ ENGLER, Russel. Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 37-92, 2009, p. 58.

⁷ Decisão disponível em: [https://www.escri-net.org/caselaw/2006/airey-v-ireland-32-eur-ct-hr-ser-1979-1979-2-ehrr-305]. Acesso: 15.6.2017.

Acredita-se que a edição da súmula com força vinculante colide não apenas com a posição jurisprudencial do tribunal encarregado de uniformizar a interpretação da lei federal brasileira, mas, principalmente, com a garantia expressa no art. 5º, LV, da Constituição da República. Buscamos investigar, dentro dos estreitos limites deste trabalho, sobre os motivos que levaram à edição da súmula vinculante nº 5 pelo Supremo e, tomando como base a experiência estrangeira de relativização da defesa técnica, expor sobre a adequação do referido enunciado aos parâmetros básicos do *fair trial*.

2. A ORIGEM DA QUINTA SÚMULA VINCULANTE

Em maio de 2008 o plenário do STF julgou o recurso extraordinário nº 434.059-3⁸ e, após deliberar sobre as sugestões formuladas pelos Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, aprovou a edição da quinta súmula vinculante. O aludido RE foi interposto pelo INSS e pela União contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a segurança em favor de Márcia Denise Farias Lino (MS nº 7.078-DF), demitida do cargo de agente administrativo do INSS via processo administrativo disciplinar, do qual participou sem defesa técnica. Eis a ementa da decisão proferida pelo STJ:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. 1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. 2. Ordem concedida.

O então Advogado-Geral da União, Dias Toffoli, sustentou na sessão plenária que havia o risco, caso fosse aplicado o entendimento do STJ, de centenas de servidores federais demitidos em circunstâncias semelhantes às da recorrida “voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza”.

Isto porque todos tiveram seus processos administrativos disciplinares regidos por idêntica Lei Federal (nº 8.112/90) e, nesse sentido, a decisão baseada na Súmula 343 do STJ ensejaria a propositura de demandas semelhantes, através

⁸ RE nº 434.059-3/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7.5.2008, DJ 11.9.2008. Naquela altura compunham o STF os Ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito (falecido em 1.9.2009), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa (aposentou-se em 31.7.2014), Carlos Ayres Britto (aposentou-se em 18.11.2012), Cezar Peluso (aposentou-se em 31.8.2012), Ellen Gracie (aposentou-se em 8.8.2011), Marco Aurélio Mello, Eros Roberto Grau (aposentou-se em 2.8.2010) e Celso de Mello.

das quais os servidores, “além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes”.⁹

Gilmar Ferreira Mendes destacou em seu voto a feição ampliada do contraditório, a partir da leitura da Constituição Federal de 1988 e que “o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral”. No mérito, todavia, o Relator do acórdão dissociou o exercício da ampla defesa da assistência jurídica (defesa técnica), em descompasso com a linha argumentativa adotada no corpo do próprio decisum:

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (I) à informação, (II) à manifestação e (III) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Todos os demais membros da Corte que participaram da sessão de julgamento conheceram e deram provimento ao recurso extraordinário. Para viabilizar a crítica e o debate, elencamos os argumentos preponderantes utilizados em plenário para justificar adesão ao voto do Relator. São eles:

1º) O art. 156 da Lei Federal nº 8.112/90 prevê regra que permite ao servidor processado escolher entre a realização de autodefesa e a defesa técnica no PAD. Nas seguintes hipóteses a assistência jurídica seria compulsória: a) complexidade (alegada e comprovada) da questão processual, a ponto de tornar o processado inapto para exercer a sua autodefesa; b) paradeiro desconhecido ou revelia do servidor processado, caso em que caberia ao órgão público designar um procurador;¹⁰

⁹ KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in)constitucionalidade da súmula vinculante nº 5. Revista de direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011, p. 306. Pouco tempo depois do julgamento do Recurso extraordinário nº 434.059-3/DF, já investido na função de Ministro do STF, Dias Toffoli consignou, para desalento de quem anseia por previsibilidade e coerência dos pronunciamentos judiciais: “A CB/1988 determina que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça’ (art. 133). É por intermédio dele que se exerce ‘o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5º, LV).” (Recurso ordinário em habeas corpus nº 104.723, Primeira Turma, j. 23.11.2010, DJ 22.2.2011).

¹⁰ Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

2º) O art. 133 da Constituição Federal – dada sua inserção no Capítulo IV (“Funções Essenciais à Justiça”) – deve ser interpretado restritivamente e alude à obrigatoriedade do advogado, tão somente, em processos judiciais;

3º) Caso os servidores submetidos a processo administrativo disciplinar não optem pela nomeação de procurador, a Administração Pública será obrigada a remeter os casos para a Defensoria Pública, que enfrentará “situação de assoberbamento”;

4º) No processo penal – diferentemente do processo administrativo disciplinar – “está em jogo um direito indisponível, que seria objeto de teórica renúncia, se não fosse assegurada ao réu defesa técnica efetiva”;

A argumentação tecida pelo STF no julgamento do recurso extraordinário nº 434.059-3 não se sustenta. Ela foi construída – conforme explicaremos adiante – sob um alicerce jurídico incompatível com o atual estágio de desenvolvimento teórico do Direito Processual. Sua manutenção expõe a maneira dúbia por meio da qual o Supremo Tribunal Federal associa a cláusula do devido processo legal – com todas as garantias a ela inerentes – ao processo administrativo de natureza disciplinar.

3. ANÁLISE DO INDEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A jurisprudência do STF alusiva ao processo administrativo lato sensu, a partir da década de 1990, não é estável, especialmente no que concerne às garantias constitucionais que sobre ele devem incidir. A oscilação decisória não se revelou harmônica com o devido processo legal, outorgando-se a esta área sensível do Direito posição de desprestígio, como se fosse possível conceber um “quase-processo”, alheio aos reflexos da ampla defesa e do contraditório. Isso pela simples razão de existir sempre a via judicial para que se obtenha a última palavra em termos de legalidade e constitucionalidade. Octávio Gallotti, por exemplo, sequer considerava plausível, em 1993, a aplicação do princípio do contraditório a procedimentos em trâmite perante o Tribunal de Contas da União. Para ele,

Considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência

constitucional para julgamento da legalidade da concessão de aposentadorias, (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas) esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República.¹¹

Pouco tempo depois, quando do julgamento do recurso extraordinário nº 158.543/RS, discutia-se sobre a necessária observância do contraditório em hipóteses de anulação de ato administrativo concessivo de aposentadoria. Invocando a suposta preponderância da segurança jurídica e da autotutela administrativa sobre o devido processo legal, ponderou o Ministro Néri da Silveira:

Imaginemos, na espécie, que a Administração houvesse negado a incorporação da vantagem. Pergunta-se: os interessados teriam condições de obtê-la? A resposta é afirmativa. Deveriam ir a juízo postular essa vantagem. No caso, a Administração deferiu a vantagem, no primeiro momento, mas concluiu depois, por seus órgãos técnicos, que ela seria contrária à lei. Então tornou insubsistente o ato. E a parte interessada que já a vinha percebendo? Ela tem a via judicial, se pretender manter aquela vantagem. Penso que, em situações especiais, pode-se assim proceder, quando se tratar de situação muito antiga, porque, aí, vem em favor do ato a segurança das relações jurídicas. Entendo que o dispositivo da Constituição (art. 5º, LV) não possui tão larga abrangência a ponto de impedir à Administração de, tendo praticado um ato, anulá-lo, sem criar um contencioso administrativo, chamando a parte a vir se defender perante a Administração e demonstrar as suas razões.¹²

Quanto à irrelevância da defesa técnica em processos administrativos, nos reportamos a outro voto emblemático do Ministro Octávio Gallotti, proferido no final da década de 1990. Ele consignou, ao julgar questão referente ao contencioso administrativo fiscal, que “A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos

¹¹ Agravo regimental na Suspensão de Segurança nº 514/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 6.10.1993, DJ 3.12.1993.

¹² Recurso extraordinário nº 158.543/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.8.1994, DJ 6.10.1995. Em julgamento ocorrido no ano de 1997, o Ministro Sydney Sanches considerou juridicamente idôneo o ato administrativo que retificou aposentadoria de servidor, sem ter-lhe franqueado defesa: “Todavia, se o ato de aposentação era parcialmente ilegal, podia e devia o Prefeito retificá-lo, para ajustá-lo à legalidade [...]. E para isso não precisava o Prefeito abrir um procedimento administrativo, no qual o recorrente pudesse figurar como “litigante”, com direito à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Até porque não estava sendo acusado de nada.” (Recurso extraordinário nº 185.255/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 1.4.1997, DJ 19.9.1997).

judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.”¹³ A argumentação veiculada nesta decisão serviria como base para editar, dez anos depois, a súmula vinculante nº 5.

Na década seguinte houve significativa mudança na jurisprudência do STF. A Corte consolidou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se a todos os procedimentos de natureza administrativa. Precedente da maior relevância foi formado após julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG, ocorrido em 2004. O voto do Ministro Gilmar Mendes expôs o aspecto “tridimensional” da pretensão à tutela jurídica, extraído da doutrina alemã, assim compreendido:

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica. (...) Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no Direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmefähigkeit) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 85-99).¹⁴

Dado interessante e de vital importância para este trabalho é que, se de um lado a jurisprudência do STF evoluiu para reconhecer a aplicação do devido processo legal aos processos administrativos (postura que não extrapola o simples dever de velar pela literalidade do Texto Constitucional), de outro lado ela se manteve arraigada a um entendimento de que a defesa técnica não é um componente essencial do *fair trial*.

¹³ Agravo regimental no agravo de instrumento nº 207.197/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.3.98, DJ 5.6.1998.

¹⁴ Mandado de segurança nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes), j. 5.2.2004, DJ 17.9.2004. Destaques no original.

Expondo de forma distinta: o devido processo legal administrativo reconhecido pelo STF a partir da década de 2000 tem feição retórica, justamente porque a Corte se recusa a vislumbrar na assistência jurídica (gratuita ou não) o instrumento de realização do contraditório e da ampla defesa. Oportuno transcrever o raciocínio do Ministro Carlos Britto, exposto em plenário no julgamento do RE nº 434.059-3:

O Ministro Ricardo Lewandowski, também na linha do voto de Vossa Excelência, comentou para mim, com proficiência, o conteúdo do devido processo legal que se lê no inciso LV do art. 5º, que não incorpora nos processos administrativos a defesa técnica, a obrigatoriedade da defesa técnica do advogado. A tese contrária implicaria mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante.

A partir dessa constatação, fica claro que a edição da quinta súmula vinculante revela um descompromisso assumido pelo Supremo, já na década de 1990, com a efetiva garantia dos direitos fundamentais. Ela tão somente confirmou o entendimento exarado em três julgados que precederam a análise do RE nº 434.059-3, consagradores do indevido processo administrativo: AI nº 207.197-AgR/PR, de 1998, RE nº 244.027-AgR/SP, de 2002 e MS nº 24.961/DF, de 2004.¹⁵

4. CONTRAPONTOS À ARGUMENTAÇÃO LANÇADA NO RE Nº 434.059-3

4.1. A DEFESA TÉCNICA EM PROCESSOS JUDICIAIS

No Brasil, o acesso à justiça é direito fundamental (CR/88, art. 5º, XXXV). A Constituição da República de 1988, visando ao gozo real da tutela jurisdicional, prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição como direito básico e é enfática ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Sobre a Advocacia e a Defensoria Pública, ambas são qualificadas como Funções essenciais à justiça. Declarou-se o advogado, de um lado, como “indispensável à administração da justiça” (art. 133) e a Defensoria Pública, de outro, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”. (Art. 134).

¹⁵ Agravo regimental no agravo de instrumento nº 207.197-AgR/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.3.98, DJ 5.6.1998; Recurso extraordinário nº 244.027-AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.5.2002, DJ 28.6.2002; Mandado de segurança nº 24.961/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.11.2004, DJ 4.3.2005. Mais recentemente, no ano de 2011, o STF reiterou sua posição no julgamento do mandado de segurança nº 25.643, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.8.2011, DJ 26.8.2011.

A própria noção de contraditório como “princípio da audiência bilateral”, comumente abordado sob a perspectiva “estática”¹⁶ de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se,”¹⁷ passa por releitura legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Para o professor José Lebre de Freitas¹⁸, tal garantia concretiza-se

mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

A essencialidade aludida pelo Constituinte se justifica: dentro da nossa estrutura constitucional, que contempla o controle jurisdicional através do processo dialético e a garantia do contraditório como poder de influência das partes nos rumos e no desfecho procedimental, é razoável concluir que a defesa técnica tem papel preponderante na materialização dos direitos fundamentais antes referidos.

Nesses termos, a regra no Direito brasileiro é a atribuição de capacidade postulatória em juízo à pessoa que detém o domínio da técnica jurídica, ou seja, ao advogado ou ao defensor público.

Há bastante tempo, contudo, nosso sistema opera – em processos judiciais – com situações excepcionais nas quais se admite a atribuição de jus postulandi ao leigo, seja na esfera criminal ou civil. A título de exemplo, mencionamos os procedimentos do habeas corpus e dos Juizados Especiais Cíveis, estaduais e federais.

Tratando-se do habeas corpus, a exceção é compreensível. Em um país de dimensões continentais com índice aberrante de exclusão social, repleto de rincões onde ainda são tolerados os mais inimagináveis arbítrios, é salutar que a pessoa sem formação jurídica possa dirigir-se pessoalmente ao Judiciário, relatando ato que viole ou coloque em risco sua liberdade, injustamente. E mais: a atuação do impetrante se esgota na impetração do HC, já que o rito não

¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), n.1, v. 2, p. 64-71, jan./jun. 2010, p. 69.

¹⁷ SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1, p. 387.

¹⁸ LEBRE DE FREITAS, José. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96-97.

contempla dilação probatória, e o Estado tem o dever de ofício de garantir a liberdade ilegalmente cerceada.

Completamente diversa é a situação dos Juizados Especiais Cíveis. E sobre eles faremos exposição histórica.

Foi durante a vigência da Constituição de 1967, explica Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves¹⁹, “que o legislador ordinário aprovou o projeto de lei que culminou com a promulgação da Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, cuja ementa dispunha sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.” Para o mencionado professor da UFMG²⁰,

Além da deficiente estrutura do Judiciário para a solução dos litígios que estavam em tramitação em 1983, quando o Executivo federal enviou ao Congresso o anteprojeto de lei que culminou com a aprovação da Lei 7.244/84, bem como o tratamento processual inadequado para causas de pequeno valor, a comissão encarregada de sua elaboração destacava que a base fundamental da criação de novo procedimento judicial consistiria na eliminação de determinados fatores tais como o alto custo da demanda, a lentidão e a quase certeza da inviabilidade ou inutilidade do ingresso em juízo. Nesse sentido, a introdução do novo rito cumpriria a função, também, de reforçar as expectativas normativas, socialmente difusas e em vista da conhecida morosidade dos procedimentos judiciais, alvo de desilusão por parte dos jurisdicionados.

(...)

A Constituição de 1988, na sua redação original, pouco alterou as normas constitucionais anteriores. A novidade digna de nota foi a extinção da figura do juiz temporário e a previsão de um juiz leigo para atuar nos Juizados Especiais. O legislador ordinário levou quase sete anos para dar ao povo a lei regulamentadora dos Juizados, que foi promulgada sob o número 9.099 e datada de 26 de setembro de 1995. Sua base é a mesma da Lei 7.244/84. Apenas o procedimento, não explícito, porque poderia ser disposto por norma estadual, passou a ser totalmente regulamentado pela Lei 9.099/95.

O Juizado Especial Cível é uma importação do universo anglo-saxônico para o sistema jurídico brasileiro. Deriva das denominadas *small claims courts* norte-americanas (“tribunais de pequenas causas”), juízos em que é franqueada a atuação processual de interessados leigos em causa própria para solução de litígios cíveis de baixa repercussão econômica.²¹

¹⁹ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 86.

²⁰ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 87.

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45; DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual das pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 15-16; CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (Coord.) Juizado especial de pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 24-25; MORAES, Silvana Campos. Juizado de pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 58.

Sabe-se que o procedimento sumaríssimo regido pela Lei Federal nº 9.099/95 é dotado de características próprias²². Ninguém, contudo, ousaria afirmar que os feitos em trâmite nos Juizados Cíveis dispensam o contraditório e a ampla defesa. Logo, por qual razão se optou, quando da elaboração da lei dos Juizados Especiais Cíveis – ainda na década de 1980 – pela relativização da importância do advogado? Na opinião de Gláucio Gonçalves²³

A possibilidade de a parte dirigir-se ao Juizado cível sem a presença do advogado e lá ser atendida por meio de serviço de atermção foi instituída como uma melhor forma de permitir o acesso à Justiça. As causas de pequeno valor nem sempre têm o patrocínio aceito por advogados, uma vez que os honorários, por mais livre que seja a contratação, não devem superar o valor do proveito econômico pretendido. Sem advogado particular e diante da ineficiência das Defensorias Públicas, nas quais falta material humano - o que existe é mal remunerado - e são precárias as condições de trabalho, o conflito não é composto, e o Estado não cumpre o seu dever de outorgar a tutela jurisdicional. Registre-se que no mais rico estado da Federação, São Paulo, a Defensoria Pública Estadual somente foi implantada há pouco tempo, depois de vários reclamos da sociedade e de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a precariedade da assessoria jurídica aos carentes, que era feita pela Procuradoria do Estado. Na órbita federal, conquanto instalada a Defensoria Pública da União, ela é incipiente. O número de cargos de defensor não consegue acompanhar o número de varas federais instaladas de forma que em diversas cidades com vara federal não há nenhum defensor público da União em atuação para assistir aqueles que não têm condições financeiras de arcar com o pagamento de um advogado particular. E nas cidades em que há núcleo da Defensoria da União, o número de membros é diminuto.

Em 2003 o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 1.539²⁴, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB. Através da ação pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei Federal nº 9.099/95²⁵, dispositivo que faculta à pessoa interessada, “nas causas de valor até vinte salários mínimos”, litigar sozinha ou mediante assistência jurídica. A Corte julgou o pedido improcedente, à unanimidade, e o Relator, Ministro Maurício Corrêa, frisou o seguinte:

²² Nele vigoram os princípios da simplicidade, informalidade, celeridade, instrumentalidade das formas e oralidade (art. 2º), o pedido deve ser redigido de maneira simplificada (art. 14), a fase saneadora está inserida na audiência de instrução e julgamento (art. 29) e, paralelamente, todas estas peculiaridades devem coexistir num espaço próprio à dialética, sob pena de inviabilizar a existência de um verdadeiro “processo” no sentido técnico da palavra.

²³ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 100.

²⁴ ADI nº 1.539/UF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.4.2003, DJ 5.12.2003.

²⁵ 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.

Verifica-se, assim, a explícita razoabilidade da norma, pois admitiu que o cidadão pudesse, pessoalmente, acionar a jurisdição cível nas causas de pequeno valor, *sem maiores complicações e transtornos, o que justifica, em nome desse princípio, a dispensa da presença do advogado*.

Em resumo: extrai-se da doutrina e da jurisprudência que a defesa técnica foi relativizada no sistema dos Juizados Cíveis para reduzir custos para a parte interessada (referente ao pagamento de honorários advocatícios) e para desburocratizar e acelerar o procedimento. Tudo no escopo maior de assegurar pleno acesso à justiça.

Entendemos, com o máximo respeito às opiniões contrárias, que o direito de se fazer presente fisicamente nas dependências do órgão jurisdicional, relatar o caso para um servidor do Judiciário no setor de atermção e comparecer perante um juiz assegura, na melhor das hipóteses, acesso formal à justiça.

Conforme pudemos constatar na nossa atividade prática, o leigo que decide litigar por conta própria nos Juizados Especiais se depara com o ambiente kafkiano – confuso e inacessível – que o legislador federal tentou evitar, sem êxito.

Referimo-nos aqui desde à forma imprecisa com que são frequentemente formulados os pedidos, ao linguajar técnico jurídico (incompreensível pela esmagadora maioria da população) e à dificuldade de elaborar uma estratégia probatória eficaz. Em outras palavras, o sistema que se proclama simples e informal, apenas o é na letra da lei, já que reproduz – integralmente – as mazelas burocráticas da “justiça comum”.

E mais: é comum que uma das partes no Juizado Especial Cível detenha vasto poder econômico (um litigante habitual do setor de telefonia, por exemplo) e a outra seja pessoa simplória. A fragilidade do litigante pode criar uma inconveniente opção para o próprio juiz: manter-se inerte à desigualdade (o desfecho do processo, neste caso, é previsível) ou agir deliberadamente em amparo da pessoa hipossuficiente, para compensar sua limitada habilidade de traçar um plano de atuação processual.

É crucial perceber que o acesso à justiça garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXV), ou, melhor dizendo, acesso à ordem jurídica justa, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um “acesso qualificado”, proporcionando a todos os indivíduos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, atenção por parte do Poder Público²⁶.

²⁶ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Revista de Processo, São Paulo, v. 195, a. 136, p. 381-390, maio/2011, p. 385.

Ademais, conforme prelecionam Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁷ em obra clássica, a *efetividade* do acesso à justiça relaciona-se à “completa igualdade de armas”, ou seja, à “garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, *sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito* e que, no entanto, afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos”.

Assim sendo, manifestamos nossa adesão ao posicionamento de Rafael Augusto Santos²⁸, exposto com particular clareza em dissertação de mestrado defendida perante a UFMG. Para ele

A justificativa para essa ausência de defesa técnica se resume na busca de uma simplificação do procedimento, da celeridade procedimental, da desburocratização, pois burocracia seria peculiar à Justiça Comum, e da redução de custos. Eliminando essas barreiras, garantir-se-ia às pessoas o amplo acesso à atividade jurisdicional, tal como demonstrado no Capítulo 2 da presente e, assim, “resolver-se-ia” um problema social causado pela ineficiência do Estado. *Em que pesem esses argumentos favoráveis à capacidade postulatória da parte, é de se dizer que o desencorajamento da participação do advogado inverte o próprio objetivo do processo, na medida em que compromete a obtenção do provimento por prejuízo do contraditório. Isso porque os litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não disporão de capacidade para apresentar seus próprios casos de maneira eficiente, nem de dialogar num processo por conta própria, em prejuízo de sua defesa e do contraditório e, consequentemente, tendo seu direito irremediavelmente malferido.*

Transcrevemos também a análise de Ana Flávia Loyola Pereira²⁹. Suas palavras reforçam nossa percepção de que a ausência de defesa técnica impede que se concretize uma situação de verdadeiro acesso à justiça. Vejamos:

Em verdade, apesar de o jus postulandi assegurar o acesso à justiça, o simples acesso primário aos órgãos jurisdicionais não garante o efetivo acesso à justiça, pois, ao possibilitar que a parte pleiteie por si mesma, acarreta uma desigualdade técnica material inadequada, uma vez que não possui conhecimentos técnicos e habilidades necessárias na defesa de seus interesses.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

²⁸ SANTOS, Rafael Augusto de Moraes Andrade. A decisão interlocutória inaudita altera parte: entre legitimidade e efetividade. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 45. Destaque nossos.

²⁹ PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. A inefetividade do acesso à justiça em razão do preconceito linguístico: análise crítica do jus postulandi no estado democrático de direito. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 114. Destaque nossos.

A nosso ver, a defesa técnica foi relativizada, quando da elaboração da Lei Federal nº 7.244/84, não em virtude da falta de advogados dispostos a patrocinar causas de pequeno valor ou por causa da precariedade da Defensoria Pública, que naquela altura nem possuía lei federal destinada a regê-la.³⁰

Caso fossem estas as razões, o art. 9º da Lei Federal nº 9.099/95 representaria uma hipótese de inconstitucionalidade progressiva. Explicamos: superados os obstáculos apontados para acesso à justiça – hoje o Brasil já conta com *mais de um milhão de advogados*³¹ e a Defensoria Pública, pelo menos no plano estadual, evoluiu exponencialmente, em termos de estrutura, pessoal e remuneração – *o citado dispositivo legal haveria de ser declarado inconstitucional pelo STF*, assim como ocorreu com o art. 68 do CPP.³² Todavia, a alteração do panorama da Advocacia e da Defensoria Pública no Brasil, nas últimas décadas, em nada repercutiu na vigência do citado artigo 9º.

4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFESA TÉCNICA NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

O fundamento para a opção política nacional de reduzir a essencialidade da assistência jurídica civil deve ser buscado fora do Direito brasileiro, mais precisamente no sistema processual dos Estados Unidos. Afinal de contas, as *small claims courts*, originárias daquele país, serviram de modelo para que o nosso legislador criasse o Juizado Especial Cível. Nesses termos, é da maior relevância indagar: onde, quando e por que foram criadas as “cortes de pequenas causas”? E a experiência proporcionou resultados benéficos?

Notícia a antropóloga Elizabeth Dixon Purdum, em tese de doutorado produzida no ano de 1983³³, que o primeiro tribunal desta natureza foi estabelecido

³⁰ A Lei Complementar Federal nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, foi sancionada pelo Presidente Itamar Franco em 12 de janeiro de 1994.

³¹ Segundo informa o sítio eletrônico do Conselho Federal da OAB, há hoje (dia 23.6.2017) no Brasil, 1.034.144 (um milhão, trinta e quatro mil e cento e quarenta e quatro) advogados inscritos. Informação disponível em: [<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>].

³² No ano de 1998 o STF aplicou a técnica da inconstitucionalidade progressiva no julgamento do Recurso Extraordinário nº 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.5.1998, DJ 19.6.1998. Decidiu-se que o artigo 68 do CPP (que trata da ação civil ex delicto e da sua execução pelo Ministério Público, quando a pessoa beneficiária é carente) permaneceria válido enquanto não fossem instaladas Defensorias Públicas em todos os Estados brasileiros.

³³ PURDUM, Elizabeth Dixon. Dispute settlement in a southern small claims court. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983, p. 66. Destaques nossos. Tradução nossa. No original: “(...) the founders of small claims court were primarily concerned with efficiency in terms of both time and money. In small claims court cases under a certain amount of money were to be processed quickly, inexpensively, and uniformly.”

pela Corte Municipal de Cleveland, Ohio, em 1913. Juízos semelhantes foram criados posteriormente em Chicago (1917), Nova York (1918), Massachusetts (1920) e Califórnia (1921). Seus fundadores estavam especialmente preocupados com a eficiência em termos de tempo e dinheiro. No tribunal de pequenas causas os processos limitados a certa quantia de dinheiro deveriam tramitar de forma rápida, barata e uniforme.

As *small claims courts* foram baseadas nos tribunais de conciliação da Noruega, estabelecidos em 1797 “para proteger os camponeses de advogados”, tidos como responsáveis por ampliar as injustiças e aumentar a hostilidade entre as partes. Como resultado do modelo de procedimento convencional, os litigantes deixavam o tribunal sem dinheiro e, muitas vezes, inimigos para o resto da vida.³⁴

A desconfiança dos norte-americanos em relação à Advocacia é um traço marcante da sua cultura. Conforme pontua Cléber Francisco Alves³⁵, no final do século XVIII e início do século XIX, “a figura do advogado era considerada dispensável e em alguns casos até mesmo indesejável” e

A ideia de prescindibilidade de assistência e de representação judicial do advogado era tão arraigada que foi necessário estabelecer expressamente na Declaração de Direitos – tal como consubstanciado pela Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana, no ano de 1791 – que ninguém poderia ter violada a prerrogativa de se fazer assistir por advogado, quando acusado de algum crime perante um tribunal.

Tal desconfiança não surpreende, tendo em vista o desenvolvimento do sistema inglês de Common Law, incidente – com as adaptações culturais necessárias – à quase totalidade dos cinquenta Estados que compõem a federação norte-americana (o Estado da Louisiana adota o sistema do Civil Law por influência do Direito francês)³⁶. Sob a ótica do Direito anglo-saxão, prepondera a figura do juiz e à advocacia reserva-se posição secundária. Pontua a doutrina estrangeira³⁷ que

³⁴ PURDUM, Elizabeth Dixon. Dispute settlement in a southern small claims court. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983, p. 65. Destaques nossos. Tradução nossa. No original: “Small claims courts were loosely modeled on Norwegian neighborhood courts of conciliation, established in 1797 to protect peasants from lawyers, who were believed to magnify wrongs and to increase hostility between parties. As a result, litigants left court out of money and often enemies for life.”

³⁵ ALVES, Cleber Francisco. Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-60.

³⁶ DAVID, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporaneos. Madrid: Aguilar, 1969, p. 312.

³⁷ KERAMEUS, Konstantinos D. A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure. Louisiana Law Review, v. 47, n. 3, p. 493-509, 1987, p. 494. Tradução nossa. No original: “Among the many factors which contribute to the development of the common law, contemporary analysis emphasizes the role of the judge. The judge is considered to be not only the prime pronouncer of legal precepts, but also the most central actor in a common law jurisdiction-to be contrasted to the professor in the Germanic legal family, or the advocate in the Romanistic legal family.”

Análises recentes realçam o papel do juiz dentre os muitos fatores que contribuíram para o desenvolvimento do Common Law. Ele é considerado não apenas o principal responsável por emitir os comandos legais, mas também o ator mais relevante em uma jurisdição de Common Law – contrastado com o professor no sistema jurídico germânico ou com o advogado no sistema jurídico romano.

A despeito da clareza do disposto na Sexta Emenda, o passo considerado decisivo para materializar o comando constitucional coube ao Judiciário, no século XX. No julgamento do caso *Gideon v. Wainwright* – ao qual nos referimos na introdução deste trabalho – a Suprema Corte dos EUA reconheceu nulidade decorrente da falta de defesa técnica no julgamento que culminou na condenação criminal de *Clarence Earl Gideon* em primeira instância. Formou-se então, no ano de 1963, *leading case* no sentido de que, sob a égide do *fair trial*, toda pessoa pobre acusada *criminalmente* perante a justiça estadual possui o direito à indicação de um defensor pelo tribunal. Não obstante constitua o precedente mais emblemático em relação à matéria, fato é que *Gideon v. Wainwright* não teve a repercussão esperada para além da esfera processual penal. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de *Turner v. Rogers*³⁸ 564 U.S. 431 (2011), presumiu desnecessária a defesa técnica em grande parte dos casos civis.

Resta verificar qual foi o impacto jurídico e social do procedimento introduzido pelas *small claims courts* ou “tribunais do povo” (*people’s Court*)³⁹. Elizabeth Purdum, após pesquisa etnográfica, registrou as seguintes observações:⁴⁰

1 – Os juízes, em sua maioria, reconheceram que as partes que litigam sem defesa técnica atuam em desvantagem. E havia dúvida entre os magistrados sobre até onde eles poderiam ir para ajudar pessoas leigas que litigavam por conta própria, sem violar a imparcialidade. Muitos advogados demonstraram

³⁸ Decisão disponível em: [<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-10.pdf>]. Acesso: 20.6.2017.

³⁹ Expressão utilizada por Purdum em referência às *small claims courts*. Ela ensina que: “Desde a sua criação no início dos anos 1900, os tribunais de pequenas causas adquiriram a reputação de “tribunais do povo”. Ainda hoje, há um popular programa de televisão intitulado “The People’s Court”, que apresenta casos reais de um tribunal de pequenas causas da Califórnia. (...) A *small claim court* é, de certo modo, uma arena onde os modos informais e formais de resolução de litígios se cruzam.” (Tradução nossa). No original: “Since their inception in the early 1900s small claims courts have had a reputation as “people’s courts”. Even today there is a popular television show entitled “The People’s Court”, which presents actual cases from a California small claims court. (...) The small claims court is, in a sense, an arena where informal and formal modes of dispute settlement intersect.” (Dispute settlement in a southern small claims court. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983, p. 3).

⁴⁰ PURDUM, Elizabeth Dixon. Dispute settlement in a southern small claims court. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983, p. 212.

irresignação em relação à postura de juízes que, em sua opinião, apoiavam excessivamente litigantes leigos;

2 – Servidores do Judiciário (clerks) – cuja função se resumia a atermar o pedido e efetuar registros processuais – não eram adequadamente treinados para prestar informação jurídica. Não obstante, foram vistos, diversas vezes, orientando litigantes de forma incompleta ou equivocada.

3 – Quanto às partes, muitas entenderam que juízes favoreceram advogados em julgamentos e várias se irritaram após saírem vencidas em razão de minúcias técnicas sustentadas por advogados no polo oposto da demanda;

Sobre a situação enfrentada nestes juízos por litigantes pobres, Purdum cita a pesquisa de campo realizada em 1969 por Beatrice Moulton, intitulada O processo e a intimidação de litigantes pobres realizados pelos tribunais de pequenas causas na Califórnia⁴¹, por meio da qual se apurou que

os litigantes pobres eram mais frequentemente réus e os verdadeiros beneficiários dos tribunais de pequenas causas eram empresas e agências governamentais. O tribunal foi visto como um lugar intimidante para os réus e ela concluiu que é improvável que eles soubessem ou compreendessem o significado de uma defesa válida. Segundo Moulton, não há como dizer quantos dos assustados réus que simplesmente eram de fato devedores qualificariam suas respostas ou revelariam fatos constitutivos de sua defesa se tivessem conhecimento legal. Sua conclusão foi pela necessidade de se garantir assistência jurídica e o uso de “técnicos jurídicos” para auxiliar tanto os autores quanto os réus no tribunal de pequenas causas.⁴²

Russell Engler esclarece que a multiplicidade de estudos desenvolvidos sobre os “tribunais de pequenas causas” (especialmente nas décadas de 1960, 1970 e 1980) revela uma tendência generalizada de os indivíduos que litigam sem assistência jurídica serem gravemente prejudicados. Na sua opinião

⁴¹ MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California. *Stanford Law Review*, v. 21, n. 6, 1969.

⁴² PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983, p. 20. Tradução nossa. No original: “After sampling of records and five days of observation, she concluded that poor, individual litigants were most often defendants and that the real beneficiaries of small claims courts were businesses and governmental agencies. She saw the court as an intimidating place for defendants and concluded that the defendants are unlikely to know or understand what constitutes a valid defense. There is no telling how many of the frightened defendants who ‘simply owe the money would qualify their answers or reveal facts constituting a defense if they had legal knowledge’. Moulton concluded with an argument for the right to legal representation and suggests the use of ‘legal technicians’ to assist both plaintiffs and defendants in small claims court.”

No século 21 os problemas persistem para o indivíduo sem defesa técnica em tribunais de pequenas causas, apesar da atenção excessiva obtida pelas small claims courts na década de 1970 e início dos anos 80 e dos sucessivos pedidos de reforma. (...) Quando os litigantes habituais processam indivíduos em tribunais de pequenas causas, a assistência jurídica aumenta dramaticamente a probabilidade de sucesso dos requeridos.⁴³

Nosso objetivo não é exaurir a análise sobre a defesa técnica (ou sobre a falta dela) no sistema norte-americano. Buscamos evidenciar que o modelo procedimental das small claims courts importado para o Brasil – idealizado para afastar o advogado do jogo processual – não funciona a contento no próprio país de origem. Isso porque a relativização da defesa técnica, medida supostamente benéfica para os pobres, abriu um vácuo de acesso efetivo à justiça nos EUA, nação que não possui uma instituição estatal, permanente e autônoma, destinada a prover assistência jurídica gratuita a pessoas carentes e não confere à Advocacia status de função essencial à administração da justiça⁴⁴.

Faltou reflexão, por parte do legislador brasileiro, sobre a eficiência dos “tribunais do povo” e do próprio sistema processual civil dos Estados Unidos, em termos de acesso à tutela jurisdicional. Estudo mais aprofundado teria exposto que “as pessoas pobres têm acesso às cortes americanas da mesma maneira que os cristãos tinham acesso aos leões quando eram atirados dentro da arena romana”.⁴⁵ Faltou também a percepção de que nosso sistema jurídico opera baseado em premissas completamente distintas do modelo americano. A Advocacia e a Defensoria Pública são funções essenciais à justiça (logo a regra é a não atribuição de capacidade postulatória ao leigo) e a defesa técnica é indissociável do devido processo legal, seja ele aplicável aos processos judiciais (criminais e civis) ou administrativos.

⁴³ ENGLER, Russell. Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 37-92, 2009, p. 55-58. Tradução nossa. No original: “*The plethora of studies of small claims courts, many from the 1960s, ’70s, and ’80s, reveal a pervasive trend where unrepresented individuals are severely disadvantaged by the court process. (...) The problems persist for the typical unrepresented individual in small claims courts in the 21st century, despite the inordinate attention garnered by the courts in the 1970s and early 1980s and repeated calls for reform. When repeat players sue individuals in small claims courts, representation dramatically increases the defendants’ likelihood of success.*”

⁴⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57.

⁴⁵ GARDNER, Debra. Pursuing a Right to Counsel in Civil Cases: Introduction and Overview. *Clearinghouse Review – Journal of Poverty, Law and Policy*, v. 40, 2006, p. 168. Tradução nossa. No original: “*(...) poor people have access to the American courts in the same sense that the Christians had access to the lions when they were dragged into a Roman arena.*”

É vital dimensionar, por último, o nível de consciência cidadã da população adulta brasileira para avaliar sua aptidão para atuar sem assistência jurídica em juízo e compreender as questões técnicas expostas diante de si. Em termos de escolaridade, de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano produzido em 2016 pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento⁴⁶, no ano de 2015 apenas 57,5% da nossa população acima de 25 anos possuía educação em nível secundário⁴⁷. Este percentual era de 95,3 % nos Estados Unidos na mesma época.

4.3 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5

Antes de adentrarmos no cerne da matéria – defesa técnica como componente essencial do devido processo legal, aplicável ao processo administrativo – é imperioso destacar o motivo pelo qual consideramos a edição da quinta súmula vinculante formalmente inconstitucional. O art. 103-A, da Constituição Federal, prescreve um requisito incontornável para que o STF possa aprovar súmula com eficácia vinculante: existência de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”⁴⁸. O escopo do requisito é coibir a elaboração do enunciado sem que a questão jurídica se encontre previamente “maturada, debatida, suficientemente decantada, sedimentada na Corte”.⁴⁹

Conforme salientamos anteriormente, apenas três precedentes foram invocados pelos Ministros do Supremo a título de “reiteradas decisões”, anteriores ao julgamento do RE nº 434.059-3, aptas a justificar a criação da súmula. São eles: AI nº 207.197-AgrR/PR, de 1998, RE nº 244.027-AgrR/SP, de 2002 e MS nº 24.961/DF, de 2004.

Como se não bastasse o número ínfimo de julgados sobre a matéria constitucional e o longo espaço de tempo que separa as decisões, somente o agravo regimental no recurso extraordinário nº 244.027, de relatoria da Ministra

⁴⁶ UNDP – United Nations Development Programme. Human Development Report 2016 – Human Development for Everyone. Disponível em: [\[http://hdr.undp.org/en/data\]](http://hdr.undp.org/en/data). Acesso em 26.6.2017.

⁴⁷ No Brasil historicamente era chamado “ensino secundário” o que hoje corresponde à segunda metade do ensino fundamental (a partir do sexto ano) e ao ensino médio.

⁴⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁴⁹ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as Súmulas Vinculantes. In: Reforma do Poder Judiciário: Analisada e Comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 304.

Ellen Gracie, abordou o problema da defesa técnica em processo administrativo disciplinar. Tais circunstâncias evidenciam a ausência de uma tese firmada pelo STF sobre o tema e expõe o descumprimento de requisito formal para edição da súmula.

Passemos ao problema da relativização da defesa técnica na esfera administrativo-disciplinar. Expusemos de forma exaustiva, ao tratar do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, sobre o erro no qual incorreu o legislador brasileiro ao copiar um modelo estrangeiro que, a pretexto de assegurar inclusão de parcela menos favorecida da população, termina por dificultar a participação em contraditório de pessoas alheias ao tecnicismo forense.

O art. 156 da Lei Federal nº 8.112/90 traz para o ordenamento jurídico a ilusão de participação efetiva da pessoa processada, de maneira semelhante ao art. 9º da Lei Federal nº 9.099/95. A liberdade de escolha que o dispositivo franqueia ao servidor processado – opção entre a autodefesa e a defesa técnica – baseia-se em uma premissa equivocada: a de que o leigo tem aptidão jurídica, caso opte por elaborar sua própria estratégia defensiva no PAD, de entrar em um embate processual contra a Administração Pública em pé de igualdade e obter, ao final, um resultado favorável.

Na verdade, a escolha enunciada pelo art. 156 é falsa para a esmagadora maioria dos servidores que não possuem conhecimento técnico jurídico.

Optar pela autodefesa, nesse caso, é assumir, de antemão, posição de desvantagem contra o braço estatal que não ampara o leigo para compensar seu déficit de contraditório, como o fazem alguns juízes quando constatarem a fragilidade da parte no processo (salvo, evidentemente, nas situações em que o processado está ausente ou opta por não exercer qualquer contraditório, hipóteses em que são designados curadores para patrocinar a defesa formal).

Ninguém sabe dizer em que consiste um processo administrativo disciplinar “complexo” (justificador – nas palavras da Ministra Carmen Lúcia⁵⁰ – da concessão de defesa técnica). A complexidade seria derivada do fato narrado na portaria inaugural? Ou da sanção pretendida pela autoridade administrativa? E a quem caberia reconhecer o processo como “complexo”? São inúmeras as dificuldades que envolvem tal adjetivação.

A complexidade é um conceito intrínseco a qualquer processo do qual participe alguém que não detém conhecimento especializado para preparar sua estratégia de atuação, ou seja, uma pessoa privada de se colocar em pé de igualdade com o ex - adverso e influir na construção da decisão final. Dessa feita,

⁵⁰ RE nº 434.059-3/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7.5.2008, DJ 11.9.2008.

dizer que em processos administrativos “complexos” a parte deve contar com auxílio de defesa técnica reforça nosso argumento de que o direito à assistência jurídica não pode ser colocado em segundo plano. Veja-se que, na década de 1990 – momento a partir do qual a Lei Federal nº 8.112 passou a vigorar – apenas 20% da população brasileira acima de 25 anos possuía educação secundária. Atualmente o percentual ainda é baixo, conforme aponta o PNUD, em estudo mencionado no tópico anterior.⁵¹

Há ainda outro resultado perverso advindo da opção concedida pela norma federal: ela isenta o próprio Estado do dever de estruturar devidamente a Defensoria Pública, no intuito de promover a defesa técnica dos servidores pobres que não optem pela autodefesa. Ora, qual a razão de investir no aparelhamento da instituição pública – constitucionalmente incumbida de promover assistência jurídica em processos judiciais ou administrativos⁵² – se os processados carentes podem fazer-se presentes nos atos procedimentais por sua própria conta (e risco)? A súmula vinculante nº 5 cuidou de cancelar a iniquidade normativa.

O argumento do “risco de asoberbamento” da Defensoria Pública, também referido na votação nº 434.059-3, desconsidera uma obviedade que não poderia passar ao largo dos Ministros da Suprema Corte Brasileira: o fato de vivermos em um país devastado pela pobreza e pela exclusão social.

E se a Constituição Federal prevê como Função Essencial à Justiça uma instituição permanente e autônoma de assistência jurídica de pessoas carentes, é evidente que a Defensoria trabalhará asoberbada. Não é porque os processos criminais, por exemplo, geram uma demanda (crescente) em termos de assistência jurídica gratuita, que o legislador deverá, como num passe de mágica para garantir acesso à justiça, relativizar a importância da defesa técnica no processo penal. Tal medida seria atentatória à dignidade humana e ao devido processo legal.

Passemos ao argumento do “bem jurídico”. Para o STF, no processual penal – diferentemente do processo administrativo disciplinar – “está em jogo um direito indisponível, que seria objeto de teórica renúncia, se não fosse assegurada ao réu defesa técnica efetiva.” Ora, o que está em jogo na esfera penal é, em regra,

⁵¹ UNDP – United Nations Development Programme. Human Development Report 2016 – Human Development for Everyone. Disponível em: [http://hdr.undp.org/en/data]. Acesso em 26.6.2017.

⁵² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

a liberdade. E no âmbito administrativo-disciplinar? Se o servidor for demitido ou tiver sua aposentadoria cassada, ele perderá sua fonte de renda, tornando-se incapaz de custear alimentação, moradia, vestuário e outros itens vitais à sua sobrevivência. Por isso o raciocínio que fixa patamares de relevância da defesa técnica em razão do bem jurídico em risco é artificial e demagógico. A exigência do fair trial refere-se a uma cláusula de proteção uniforme. Bastante pertinente é a ponderação feita pelo juiz americano Earl Jonhson Jr. sobre o tema:

O Devido Processo refere-se a privações de vida, liberdade e propriedade, consequentemente a procedimentos civis (...) Não existe justificativa válida pela qual os elementos básicos do Devido Processo – os quais foram introduzidos em procedimentos criminais – não devem ser também incorporados aos procedimentos civis (...).⁵³

O artificialismo da divisão entre bens jurídicos passíveis de maior ou menor proteção do Estado foi sublinhado pelo próprio Supremo. Logo após a aprovação da quinta súmula vinculante a Corte destacou que o enunciado seria aplicável “apenas em procedimentos de natureza cível”. Logo,

Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa (...).⁵⁴

Segundo explica Luciano Ferraz, os processos administrativos disciplinares “possuem nítida inspiração nos princípios e premissas típicas do Direito Penal”. Para ele

O denominado Direito Administrativo Sancionador — em particular na sua vertente disciplinar — tem raízes comuns com a disciplina do Direito Penal. No Direito hispânico, José Maria Quirós Lobo, Eduardo Garcia de Enterría e Tomaz Fernandes, Juan Carlos Cassagne, Hector Villegas, Passos de Freitas e Luciano Amaro fazem coro a essa aproximação, pugnando pela existência de uma matriz comum para o Direito sancionador (Penal e Administrativo), com destaque para antijuridicidade, tipicidade, imputabilidade, culpabilidade e punibilidade.⁵⁵

⁵³ JOHNSON JR, Earl. 50 Years of Gideon, 47 Years Working Toward a 'Civil Gideon'. Clearinghouse Review – Journal of Poverty, Law and Policy, v. 47, 2013, p. 48. Tradução nossa. No original: “Due process refers to deprivations of life, liberty, and property, therefore to civil proceedings (...) There is no valid reason why the basic concepts of due process which have been introduced in criminal proceedings should not also be incorporated in civil proceedings (...).”

⁵⁴ Recurso extraordinário nº 398.269, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.12.2009, DJ 26.2.2010.

⁵⁵ FERRAZ, Luciano. Súmula Vinculante 5 do Supremo deveria ser, no mínimo, revista. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista]. Acesso em: 20.6.2017.

O STF examinou novamente o mérito da quinta súmula vinculante em novembro de 2016, ao julgar proposta de cancelamento formulada no ano anterior pelo Conselho Federal da OAB⁵⁶. Decidiu-se, em votação apertada, pela rejeição da proposta. Prevaleceu o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem

mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo do verbete não propicia a reabertura das discussões sobre tema já debatido à exaustão pelo STF. Ademais, para se admitir a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, é necessário que seja evidenciada a superação da jurisprudência da Corte no trato da matéria, e que haja alteração legislativa quanto ao tema ou modificação substantiva do contexto político, econômico ou social.

Há que se fazer o contraponto: o tema nunca foi debatido “à exaustão” pelo STF. Não houve, repetimos, tese firmada pelo Supremo sobre a matéria. Houve, sim, maturação decisória, por parte do STJ, que, após incontáveis julgados, concluiu em 2007 que “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

É interessante notar que o absurdo da súmula vinculante não passou despercebido por vários Ministros do Supremo em 2016. Ao abrir divergência na Proposta de súmula vinculante (PSV) nº 58, o Ministro Marco Aurélio suscitou vício formal na edição do enunciado, por descumprimento do requisito que exige reiteradas decisões prévias da Corte sobre a questão constitucional. Acompanharam o voto os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. No mérito, este último consignou:

Reconheço, Senhora Presidente, que o teor de referido enunciado sumular tem constituído, para mim, motivo de grave inquietação, tanto que, após detida reflexão sobre a matéria ora em análise, já não mais tenho qualquer dúvida de que o conteúdo da Súmula Vinculante nº 5 efetivamente vulnera o direito ao contraditório e à plenitude de defesa. Com efeito, tenho para mim, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte (RMS 28.517/DF, v.g.), que se impõe reconhecer, ainda que se trate de procedimento administrativo, especialmente aqueles de índole punitivo-disciplinar, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo ou agentes públicos, de outro.

Ao fim e ao cabo, ainda prevalece no Supremo o velho argumento de cunho utilitarista despidido de sustentação jurídica, sustentado nos idos de 2008

⁵⁶ PSV nº 58, Tribunal Pleno, j. 30.11.2016, DJ 14.12.2016.

pela Advocacia Geral da União. Aventou-se sobre o possível impacto de ordem econômica decorrente do reconhecimento de que a defesa técnica é essencial no processo administrativo disciplinar. Abrir-se-ia margem para um prejuízo bilionário aos cofres públicos da União em virtude da reintegração de milhares de servidores demitidos “a bem do serviço público” após 2009.

5 – CONCLUSÕES

À vista do exposto, encerramos este trabalho com as seguintes observações sobre o tema desenvolvido:

- 1) O reconhecimento, pela jurisprudência do STF, da incidência do devido processo legal no processo administrativo (disciplinar ou não), foi apenas simbólico. Ao elaborar sua quinta súmula vinculante em 2008, a Corte dissociou a defesa técnica do fair trial – a partir de (apenas) três posicionamentos reacionários – na contramão dos principais instrumentos normativos supranacionais de proteção de Direitos Humanos;
- 2) Ao contrário do STJ, o Supremo nunca exauriu o debate sobre a relevância da defesa técnica em processos administrativos disciplinares. Não cabe sustentar, nesses termos que a edição da súmula nº 5 cristalice tese firmada acerca da matéria, fato que torna o enunciado formalmente inconstitucional, por afronta ao disposto no art. 103-A, da Constituição Federal;
- 3) A experiência anglo-saxônica das small claims courts, que teve como justificativa de existência a informalidade e a redução de custos através do afastamento do advogado, revelou-se nefasta, por inviabilizar o acesso efetivo à justiça por parte, justamente, do extrato mais carente da população norte-americana. O art. 156 da Lei Federal nº 8.112/90 repete no Brasil o erro cometido nos Estados Unidos de relativizar a defesa técnica – permitindo o contraditório sem poder de influência – quando há risco de lesão a direito fundamental, em uma sociedade mais pobre e com um grau de escolaridade inferior;
- 4) A complexidade é uma característica de qualquer processo administrativo disciplinar conduzido em desfavor de uma pessoa desprovida de conhecimento técnico para preparar sua estratégia de atuação, colocando-se em pé de igualdade com a Administração Pública. Dessa feita, não há como definir a essencialidade da assistência jurídica com base no maior ou menor obscurantismo do feito;

- 5) Não é possível também definir a essencialidade da defesa técnica a partir do bem jurídico ameaçado. O devido processo legal – com as garantias que lhe são inerentes – deve ser observado em qualquer procedimento que tenha o condão de privar o cidadão de um direito fundamental;
- 6) A relativização da defesa técnica, em processos judiciais ou não, desestimula o investimento estatal no aparelhamento da Defensoria Pública – na esfera estadual e federal – porque cria a falsa expectativa de que o servidor leigo e pobre, diante da opção normativa de exercer sua autodefesa, terá expandido seu acesso à justiça. Ele possuiria, em tese, aptidão jurídica para elaborar sua própria estratégia defensiva no PAD;
- 7) A tentativa frustrada de cancelamento da súmula vinculante nº 5, em 2016, fez com que parte significativa dos Ministros do STF externasse posição jurídica semelhante àquela sedimentada no âmbito do STJ, no ano de 2007, por meio da súmula 343. E mais: a contundência dos argumentos vencidos na PSV nº 58 revela que o enunciado vinculante somente se sustenta por motivos de ordem financeira e pragmática.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: ...

WATANABE, Kazuo (Coord.) Juizado especial de pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

DAVID, René. Los grandes sistemas juridicos contemporaneos. Madrid: Aguilar, 1969.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual das pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ENGLER, Russell. Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed. Fordham Urban Law Journal, v. 37, n. 1, p. 37-92, 2009.

FERRAZ, Luciano. Súmula Vinculante 5 do Supremo deveria ser, no mínimo, revista. Consultor Jurídico. Disponível em [<http://www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista>]. Acesso em: 20.6.2017.

FERRUUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, mai.-ago. 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GARDNER, Debra. Pursuing a Right to Counsel in Civil Cases: Introduction and Overview. Clearinghouse Review – Journal of Poverty, Law and Policy, v. 40, 2006.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

JOHNSON JR, Earl. 50 Years of Gideon, 47 Years Working Toward a 'Civil Gideon'. Clearinghouse Review – Journal of Poverty, Law and Policy, v. 47, 2013.

KERAMEUS, Konstantinos D. A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure. Louisiana Law Review, v. 47, n. 3, p. 493-509, 1987.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in)constitucionalidade da súmula vinculante nº 5. Revista de direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as Súmulas Vinculantes. In: Reforma do Poder Judiciário: Analisada e Comentada. São Paulo: Método, 2005.

LEBRE DE FREITAS, José. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARVY, Paul. Thinking about a civil right to counsel since 1923. Clearinghouse Review – Journal of Poverty, Law and Policy, v. 40, 2006.

MORAES, Silvana Campos. Juizado de pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. A inefetividade do acesso à justiça em razão do preconceito lingüístico: análise crítica do jus postulandi no estado democrático de direito. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PURDUM, Elizabeth Dixon. Dispute settlement in a southern small claims

court. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1.

SANTOS, Rafael Augusto de Moraes Andrade. A decisão interlocutória inaudita altera parte: entre legitimidade e efetividade. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SOARES, Carlos Henrique. Estatuto da advocacia e processo constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), n.1, v. 2, p. 64-71, jan./jun. 2010.

UNDP – United Nations Development Programme. Human Development Report 2016 – Human Development for Everyone. Disponível em: [<http://hdr.undp.org/en/data>]. Acesso em 26.6.2017.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Revista de Processo, São Paulo, v. 195, a. 136, p. 381-390, maio/2011.

A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO MECANISMO DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA

The enlargement of the incidence of civil law institutes to the administrative contracts as the mechanism for the enhancement of public management

Fernando Henrique Franco de Aquino

Pós-Graduando em Direito Contratual pela UFPE

Bacharel em Direito pela UFPE

Advogado

RESUMO: O presente trabalho analisa os contratos administrativos sob a ótica contemporânea, na qual verifica-se uma tendência de ampliação dos deveres obrigacionais tipicamente civis a esta modalidade contratual. Neste contexto, faz-se um estudo detalhado, com respaldo na doutrina e na jurisprudência, de institutos tipicamente de obrigações contratuais civis que vêm, cada vez mais, sendo aplicados às obrigações decorrentes de contratos administrativos. Além de ressaltar possíveis entraves e embates doutrinários acerca da viabilidade ou não da ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativos em virtude da existência das cláusulas exorbitantes e do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular nos contratos públicos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the administrative contracts from a contemporary perspective, in which there is a tendency to extend the typically civil obligations to this contractual modality. In this context, a detailed analysis of typical civil contractual obligations that are increasingly being applied to administrative contracts is made, based on doctrine studies and jurisprudential precedents. Furthermore, this study also highlights the possible obstacles and doctrinal clashes about the feasibility of increasing the incidence of the civil liability theory to administrative contracts, due to the existence of exorbitant clauses and the principle of supremacy of the public interest over particular interests.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigações; contratos; ampliação da incidência; desburocratização; interesse público.

KEYWORDS: Obligations; contracts; incidence extension; debureaucratization; public interest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tradicionalmente, o contrato, fonte principal das obrigações, era baseado em preceitos fundamentais de validade rígidos, como a ampla autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos. No entanto, com a entrada em vigor do Código Civil em 2002, aliado às mudanças advindas da nova carta constitucional, fez-se uma releitura dos preceitos fundamentais dos negócios jurídicos, havendo uma verdadeira mitigação de tais fundamentos, como o da força obrigatória dos contratos, afim de se inserir, dentre outros institutos, o da função social.

A partir da década de 1980, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, até os dias atuais, verifica-se no direito obrigacional uma modificação na forma de instituição das obrigações, as quais passaram a ser dotadas de uma perspectiva dinâmica, repercutindo no aprimoramento da teoria contratual. Com o surgimento dessa concepção dinâmica, o contrato deixa de possuir um caráter meramente estático, de simples manifestação de vontade, para ser caracterizado como um mecanismo plural de direitos e deveres, que possuem efeitos não apenas entre as partes, mas também em relação a terceiros de boa-fé e a sociedade como um todo em razão da necessidade de cumprimento de sua função social.

Essa mudança de perspectiva contratual possibilitou a ampliação da inter-relação entre o direito público e o direito privado. Por conseguinte, passou-se a discutir na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de ampliação da incidência das obrigações tipicamente de direito privado aos contratos administrativos, os quais possuem natureza jurídica de direito público.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a intensificação da crise de inoperância do Estado e de sua impossibilidade de alcançar as finalidades públicas com os recursos disponíveis, foram necessárias mudanças na estrutura da máquina estatal afim de superar a ineficiência na prestação de serviços da Administração.

Deste modo, fez-se imperativo a desburocratização da máquina administrativa a fim de melhor adaptá-la ao novo modelo econômico adotado

na nova constituição, baseado em um Estado não intervencionista, atuando, de forma precípua, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento de forma determinante para o setor público e apenas indicativa para o setor privado.

Na doutrina administrativa contemporânea iniciaram-se questionamentos sobre a aplicabilidade, em caráter absoluto, do princípio da supremacia do interesse público (corolário do direito público), especialmente nos contratos administrativos, aos quais se aplica, ainda que subsidiariamente, as regras de direito privado.

Crítica esta que possui como ponto central o debate acerca do possível anacronismo das cláusulas exorbitantes que tradicionalmente constituem o cerne da diferenciação entre os contratos administrativos (de direito público) e os contratos em geral (de natureza privada).

2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

2.1 A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

A supremacia do interesse público, juntamente com a indisponibilidade do interesse público (esta última voltada sobretudo para os agentes públicos, para que eles não pratiquem atos que possam menoscabar o patrimônio ou interesse público), são os princípios basilares que fundamentam o regime jurídico de direito público sob o qual está baseada a República Federativa do Brasil.

No entanto, conforme consta do próprio texto constitucional¹, a livre iniciativa é um dos fundamentos da nossa República. Assim, para que se possa alcançar um dos objetivos principais constates na Constituição Federal², que é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, deve haver uma harmonia entre os interesses públicos e privados, com base nas máximas constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, afim de que se possa garantir a finalidade do Estado de promover o bem social sem que, para isso, abdique dos direitos individuais constitucionalmente assegurados.

Neste contexto, passou-se, na doutrina contemporânea, a se discutir acerca da possível relativização da supremacia do interesse público sobre o particular. Afim de evitar, por exemplo, possíveis abusos de poder por parte

¹ Vide art.1º, IV da Constituição Federal.

² Tais objetivos podem ser observados no art.3º, I da Constituição Federal.

da administração pública em virtude de seu poder de império em contratos administrativos com particulares, os quais, como veremos, possuem hoje uma nova dinâmica baseados em um caráter negocial a partir do início do processo de desburocratização da gestão pública

No que atine às críticas acerca do conceito de interesse público, destacamos, a título de complementação da matéria, o entendimento de Gustavo Binenbojm, o qual afirma tratar-se de conceito jurídico indeterminado³. Binenbojm não nega a existência de um conceito de interesse público, sua argumentação gira em torno da necessidade de se compatibilizar os interesses difusos da coletividade e interesses individuais dos particulares, posto que ambos são assegurados pela Constituição, devendo haver uma ponderação de princípios no caso concreto. Em sua conceituação, Gustavo Binenbojm, apesar de não negar o conceito de interesse público, defende a inexistência de um princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista ser um conceito jurídico determinado de forma apriorística, ou seja, só podendo vir a ser definido após juízo de ponderação no caso concreto.

Todavia, de forma não menos razoável, mas em entendimento contrário ao de Gustavo Binenbojm, destacamos o posicionamento de Maria Sylvia Di Pietro⁴, que defende veementemente estar o princípio da supremacia do interesse público relacionado com todos os ramos do direito público, marcando presença em todas as funções administrativas, de serviço público, fomento, polícia administrativa e de hipóteses de intervenção. Para Di Pietro o interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção do domínio econômico (o que, neste ponto, parece ser de fundamental relevância para a manutenção da Ordem Social).

³ Para Gustavo Binenbojm, o princípio da supremacia do interesse público é "norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos". Cf. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista De Direito Proc. Geral. Rio de Janeiro, 59, 2005, p. 79.

⁴ Como contraponto ao entendimento de Binenbojm destacamos o ponto de vista de Di Pietro acerca do Princípio da Supremacia: "O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os de legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais. Veja-se que o Direito Administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação maior era a de proteger os direitos individuais frente os abusos do poder. (...) A preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Tão assim é que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos: Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48.

Após a explanação dos entendimentos doutrinários divergentes acima mencionados, percebemos tratar-se a temática da inter-relação do direito civil com o administrativo algo não apenas atual e relevante para os contratos administrativos, como também um tema passível de controvérsias, sobretudo no estudo no grau de incidência da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Apesar das divergências, com a devida vênia a quem possui entendimento contrário, como estudaremos em tópicos seguintes deste trabalho⁵ notamos ser bastante salutar a aplicação de normas e princípios privados, antes somente ventilados nas relações entre particulares, como técnica de soluções advindos dos contratos administrativos de forma mais expansiva.

Entretanto, não entendemos os posicionamentos acima citados como excludentes, apesar da divergência de entendimentos. Isso porque, ainda que a supremacia do interesse público deva ser ponderada no caso concreto em conflito de valores (pois sua natureza é, de fato, principiológica), a sua incidência nos contratos administrativos não é excluída pelo simples fato de poder ser, momentaneamente, desconsiderada em casos concretos afim de se garantir direitos individuais. Uma vez que o princípio da supremacia do interesse público, ao tutelar os direitos sociais, tutela, por englobamento, os direitos individuais, não sendo estes postos em risco.

2.2 CONCEPÇÃO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA: CARÁTER NEGOCIAL DOS CONTRATOS E DESBUROCRATIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A partir da década de 1990 observou-se no Brasil a adoção de uma nova política industrial baseada nas privatizações e na concorrência empresarial. À medida que o Estado tem substituído seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, sobretudo na década de 1990, o fenômeno da desestatização da economia, que representou a ruptura de monopólios estatais, ganha um vulto ainda maior no setor de infraestrutura para prestações de bens e serviços à população, tendo como figura de destaque, na execução de tais atividades, o setor privado.

A descentralização da atividade administrativa consiste na distribuição, ou seja, na repartição de competências entre sujeitos de direito, possibilitando a

⁵ Observar o tópico 4 sobre a ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativo.

prestação de serviços por outras pessoas, e não por execução direta do Estado. O fenômeno da descentralização, como leciona Carvalho Filho⁶, é processado pelo Estado por meio de duas formas básicas: delegação legal ou delegação negocial. Os contratos de concessão de serviços públicos, negócio jurídico de direito público, utilizados para sua execução indireta por particulares, são celebrados em decorrência da delegação negocial.

No Brasil, a viabilidade da execução de determinados serviços por pessoa jurídica de direito privado foi possível a partir do fenômeno da descentralização por colaboração, o qual se perfaz por meio de delegação negocial. Neste modelo, os particulares prestadores dos serviços públicos são considerados como colaboradores da Administração no cumprimento dos serviços, com remuneração paga mediante tarifa atribuída aos usuários, a exemplo dos serviços de telefonia, energia elétrica, tratamento e abastecimento de água encanada.

Com essa possibilidade de delegação da execução da atividade pública para o setor privado, ganhou destaque as figuras da concessão e da permissão de serviços. Nessa diapasão, os contratos administrativos adquiriram, na concepção contratual contemporânea, um caráter eminentemente negocial, como reflexo do processo de desburocratização da administração pública.

Mudanças estas necessárias, sobretudo porque a Lei 8.666/93 refletia o direito administrativo do início da década de 1990, mais preocupado com os meios do que com os fins, no intuito de garantir os aspectos formais necessários, sobretudo por parte do agente público, não privilegiando, a priori, a eficiência e economicidade de tais contratos.

Ante o aspecto altamente burocrático e pouco funcional da Lei 8.666/93, com a evolução dos contratos administrativos, passou-se a classificá-la apenas como norma geral de licitações para as novas modalidades de contratação e ampliação das parcerias entre o setor público e o setor privado. A exemplo disso temos a edição de leis mais recentes sobre o tema, que disciplinam de forma específica novas formas mais eficientes e economias de contratar como caso das concessões e permissões de serviços públicos (Lei 8.987/1995), as parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004) e o RDC (Lei 12.462/2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas), vindo a ser, este último, gradativamente estendido para as mais diversas áreas e setores de atuação da Administração.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 349.

Destacamos também a recentíssima Lei de Responsabilidade das Estatais⁷, Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016, que entrou em vigor em 1º de julho de 2016. A referida Lei constitui regime próprio de licitações e contratações para as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem de forma direta a atividade econômica.

Verifica-se a Lei de Responsabilidade das Estatais estar em conformidade com a tendência negocial dos contratos administrativos na atualidade, tendo em vista visar garantir mais efetividade para os contratos ao trazer diversos mecanismos de fiscalização pelo Estado e pela sociedade. Sendo o ponto de maior relevância para este trabalho a proibição legal, trazida pela Lei n. 13.303/16, de alterações contratuais feitas de forma unilateral (não podendo incidir, deste modo, as chamadas cláusulas exorbitantes, tradicionalmente presentes nos contratos administrativos), privilegiando-se, assim, o acordo entre as partes.

Deste modo, com a ideia de flexibilidade, negociação, do uso de criterioso da discricionariedade administrativa e do exercício da ponderação de interesses no direito administrativo atual, a doutrina passa a tecer críticas sobre as tradicionais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, as quais iremos analisar no tópico seguinte.

Atualmente os contratos administrativos baseiam-se em critérios de consensualidade (o que demonstra ser uma tendência do direito administrativo do séc. XXI), resultando na perda de força das cláusulas exorbitantes na ampliação das obrigações tipicamente de direito civil aos contratos administrativos, reduzindo o caráter de subsidiariedade.

2.3 DAS CRÍTICAS ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A presença das cláusulas exorbitantes⁸ nos contratos administrativos são, a nosso ver, indubitavelmente, o principal ponto diferenciador da sistemática

⁷ A Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016 foi criada a fim de dar efetividade ao disposto no artigo 173, caput e § 1º da Constituição Federal, que afirma que lei infraconstitucional irá estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, tendo como pressuposto os imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

⁸ De forma didática, Hely Lopes Meirelles conceitua as cláusulas exorbitantes como "as que excedem do Direito Comum para conseguir uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avançado, mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares". Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

contratual de direito público para a de direito privado, fazendo com que a direito obrigacional e contratual privados sejam aplicados apenas supletivamente a essa modalidade contratual. Sua existência se fundamenta no que convencionou-se chamar de supremacia do interesse público sobre o privado. Tais cláusulas, ante o poder de império conferido ao Estado, garantem a sua posição de supremacia em relação aos particulares contratantes.

A priori, ressaltamos que, ainda que se fale hoje no anacronismo das cláusulas exorbitantes, pensamos tratar-se, na verdade, não do anacronismo das cláusulas, mas da necessidade de uma ponderação, no caso concreto, do princípio da supremacia do interesse público com os demais princípios inerentes à iniciativa privada. Isso porque, para que a máquina pública possa funcionar de forma devida, mesmo que seja essencial a modernização da forma de a Administração contratar com particulares, também faz-se necessário a ponderação desses interesses públicos com os interesses dos particulares contratantes, a fim de se evitar possíveis desequilíbrios econômicos e financeiros⁹.

Logo, em virtude dessa necessidade de ponderação de princípios, utilizamos neste trabalho, ao tratar da supremacia do interesse público, a palavra "relativização" (entre aspas), pois na verdade a relativização é uma característica geral de todos os princípios ao se analisar um caso concreto. Não se tratando, portanto, de uma característica específica do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que nenhum princípio do nosso ordenamento jurídico pode ser empregado de forma absoluta.

A utilização das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, levando-se em consideração o caráter negocial dos contratos, parece um contrassenso com a concepção contemporânea de contrato. Todavia, em uma visão mais pragmática, constata-se ser inviável a desvinculação total do poder de império do estado, mesmo em se tratando de verdadeiros negócios jurídicos (os contratos).

Por outro lado, como veremos, é inegável a necessidade de redução do espaço das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos na atualidade

⁹ Sobre o tema, observar o julgado de 2016 do TJDF (AGI 20150020324096 - TJDF, DJe 09.03.2016, 3ª Turma Cível, Relator Flávio Rostirola), no qual o juiz relator defendeu que as cláusulas exorbitantes, entre tantas prerrogativas conferidas à administração pública, não podem traduzir abusos de poder, tampouco autorizar contraprestação sem pagamento. O caso tratou acerca dos contratos administrativos de fornecimento de gases medicinais à rede pública de saúde do Distrito Federal, defendendo o Relator, que qualquer decisão que implique suspensão ou interrupção de serviço para o Estado pode repercutir na esfera jurídica dos administrados, razão pela qual a ponderação de valores mostra-se fundamental para harmonizar os interesses da empresa contratada, prestadora dos serviços, e os dos particulares que usufruem do serviço.

(ainda que não de forma absoluta). Fato este que, como estudaremos mais adiante, reflete na ampliação da incidência de institutos tipicamente de direito privado nos contratos públicos, afim de garantir uma melhor eficiência na prestação de serviços e aquisição de bens por parte da Administração.

Apesar desta crítica, o tema acerca da aplicabilidade das cláusulas exorbitantes é muito controvertido, grandes administrativistas como Maria Sylvia Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho defendem veementemente, de forma bastante fundamentada, a necessidade da permanência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos como forma de defesa do interesse público, afim de exercer as funções de polícia administrativa e do poder disciplinar¹⁰.

A contrário *sensu* deste entendimento, há quem defenda a inexistência de distinção, quanto à matéria, entre as cláusulas exorbitantes de direito público e as cláusulas gerais dos contratos de direito privado no sistema brasileiro¹¹. Posto que, embora o direito público brasileiro tenha advindo do sistema francês, no qual, por via legal e jurisprudencial, originou-se a distinção entre contratos administrativos (estes com a presença de cláusulas exorbitantes em contratos de prestação de serviços), e contratos privados da administração (todos os demais), na prática, são sistemas bem distintos.

No sistema francês, há uma clara divisão de competências entre o contencioso administrativo e os tribunais judiciais, o que não ocorre com o mesmo rigor no direito brasileiro. Historicamente no sistema francês, para justificar a divisão de competências entre as jurisdições francesas, partiu-se para a busca da substantivação do contrato administrativo.

No entanto, essa divisão sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina, a qual entende não haver a necessidade da distinção entre contratos privados da administração e contratos administrativos no direito brasileiro, em face da unicidade jurisdicional que possuímos. Atualmente, nota-se no próprio sistema francês uma tendência de unificação do juízo dos contratos da administração pela ausência de diferença substancial entre os chamados contratos administrativos e os contratos privados da administração.

¹⁰ Vide mais sobre o tema em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). [et al.]. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

¹¹ Vide em ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. Revista de Direito Administrativo, FGV. v. 253. 2010.

3 A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA TEORIA DAS OBRIGAÇÕES CIVIS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como bem sinaliza a Professora Alice Gonzalez Borges¹², o Código Civil de 2002 nada mais faz que refletir as tendências contraditórias de nosso tempo, com a crescente interpenetração do público e do privado, onde primeiramente verificou-se a fuga do direito administrativo para o direito privado, com a adoção de novas tipologias contratuais. E, mais recentemente, constatou-se a "contaminação" do direito privado com novos institutos, típicos do direito público.

Após o fenômeno da constitucionalização do direito, o direito administrativo passou a ser uma ferramenta essencial como meio de materialização dos direitos fundamentais assegurados na constituição federal, a qual estabelece os mecanismos orientadores da atuação estatal e interage diretamente com as políticas públicas. Atualmente, o direito administrativo e as políticas públicas formam um novo campo de análise do direito, devendo ser estudados em conjunto e de forma integrativa, sem limitar o campo de estudo apenas à dogmática jurídica, tendo em vista a necessidade da inter-relação com as demais ciências sociais para que possa-se aliar a teoria com a prática.

Desta forma, para que esse processo integrativo seja possível e para que o campo de atuação do direito administrativo torne-se mais dinâmico, é necessária uma flexibilização na forma de pensar o direito, possibilitando uma maior desburocratização da máquina estatal, fomentando a capacidade criativa como auxílio ao desenvolvimento. E, como fruto dessa desburocratização, percebe-se a ampliação da incidência de obrigações tipicamente civis aos contratos administrativos.

Com a crise do aparelho do Estado e o advento do estado regulador no Brasil, houve uma série de reformas administrativas a fim de se instaurar um padrão de eficiência, capaz de garantir o equilíbrio entre as prestações públicas e o desenvolvimento econômico nacional. Essas reformas administrativas¹³ tiveram por base a necessidade de desburocratização da máquina estatal e da flexibilização da atividade administrativa.

¹² BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, fevereiro/março/abril, 2007, p.2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

¹³ De acordo com o autor Marcos Nóbrega, "as grandes modificações ocorridas foram o enxugamento da máquina estatal, a introdução de métodos gerenciais mais modernos na administração pública, a implementação de programas de contabilidade e auditoria mais modernos (privilegiando a participação popular) e a divulgação de informações". Cf. NÓBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 30.

3.1 A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA EM ESPÉCIE

A Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993), ao disciplinar sobre os contratos administrativos, dispõe¹⁴ que eles serão regulados pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Desta feita, há certas matérias relativas aos contratos administrativos que sofrem reflexos do direito civil (matérias estas a serem analisadas neste tópico, ressaltando apenas os pontos considerados mais relevantes).

No que atine a incidência do direito contratual civil (fonte primordial das obrigações civis), verifica-se, como bem analisado pela professora Alice Gonzales Borges¹⁵, que ou o Código Civil traz novos aspectos de abordagem, ou se impõe por expressa remissão das normas gerais de licitações e contratos administrativos ou desenvolve princípios constitucionais que devem ser observadas nos contratos em geral.

Ao estudarmos os aspectos pontuais aqui elencados, se poderá notar que, cada vez mais, os institutos que até então eram considerados como cláusulas exorbitantes na seara administrativa (a exemplo das regras referentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos), tipicamente de direito civil, passam a ser incorporados aos contratos administrativos.

3.1.1 *Função social e boa-fé*

A princípio, como já estudado em tópicos anteriores, com o neoconstitucionalismo, incorporou-se ao CC/02 diversas diretrizes constitucionais que são, por consequência, aplicáveis aos contratos administrativos. Dentre as quais, destacamos a função social do contrato e a boa-fé.

Tais diretrizes, embora incidam na celebração do contrato, já devem ser verificadas desde a fase interna/pré-contratual até o cumprimento do objeto contratual, podendo estender-se para além da entrega do objeto, sobretudo em razão da responsabilidade civil dos signatários, afim de tentar impedir à prática de abusos de direito.

¹⁴ Artigo 54 da Lei.

¹⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 20 de junho de 2016, p. 05.

No que atine a incidência da boa-fé objetiva nos contratos administrativos, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao direito administrativo, ao princípio da boa-fé¹⁶.

Dentre as cláusulas de cláusulas gerais do dever de boa-fé objetiva, podemos citar, a título de exemplificação, proibição ao venire contra factum proprium (vedação à conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, à qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); o dever do favor acti (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação) e a vedação da tu quoque (como proibição de inconsistências ou incoerências do comportamento da parte, capaz de violar a boa-fé objetiva), em favor da proteção da confiança.

Atualmente, é possível constatar que a jurisprudência¹⁷ tem caminhado no sentido da doutrina, posicionando-se favoravelmente à proteção dos administrados de boa-fé, que mantiveram vínculos com a Administração, a exemplo dos contratantes do setor privado que, de algum modo, tenham sido prejudicados por falta de cumprimento ao dever de boa-fé por parte da administração pública¹⁸.

Sobre a função social, destacamos tratar-se de preceito de fundamental importância a ser observado não apenas nos contratos privados, mas também nos contratos públicos¹⁹. A função social deve servir de norte para os contratos públicos, visto que o serviço público, inclusive o prestado pelo contratante privado, deve estar de acordo com os interesses da coletividade, mediante uma prestação de serviços de forma eficiente e com qualidade, no anseio de atingir os escopos sociais do contrato.

¹⁶ Em estudo da Lei n 9.784, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, observa-se a remissão ao princípio da boa-fé no artigo 2º, parágrafo único, IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, e no artigo 4º, inciso II, ao dispor que são deveres do administrado, perante a Administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé. O primeiro refere-se à boa-fé da administração pública; o segundo, do administrado.

¹⁷ Para fins de exemplificação, vide os julgados: STJ - REsp: 1306350 SP 2011/0192981-9, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013 e o AGV: 70067215905 TJ-RS, Vigésima Segunda Câmara Cível Julgamento: 26/11/2015.

¹⁸ Como exemplo de atos praticados pela Administração contrários à boa-fé e que levam ao inadimplemento contratual, destacamos, em rol meramente exemplificativo, os casos de atraso sistemática no pagamento dos valores contratados; o inadimplemento dos débitos já contraídos nas gestões anteriores, sobretudo os antecessores pertencem a facções políticas diversas das dos atuais governantes; a recusa do pagamento de débitos contraído em gestões anteriores alegando-se, simplesmente, que as contratações a que se referem foram superfaturadas, sem que tal fato se comprove de forma gluma e sem nenhuma apuração de responsabilidade; o "obrigatoriedade" de o administrado recorrer à via judicial para obter o pagamento de seus créditos.

¹⁹ Como derivativo da função social da propriedade, a função social dos contratos, disposta em diversos artigos da constituição (artigo 5º, XXIII, artigo 170, III, dentre outros), foi introduzida no Código Civil de 2002 no artigo 421.

No estudo da aplicação da função social contratual no âmbito do direito público, constatamos estar essa função presente, de forma ainda mais notória, que nos contratos tipicamente de direito privado. Sobretudo em virtude de os contratos administrativos possuírem, como finalidade precípua, prestação de serviços para à população, sendo este o seu fim útil e escopo maior. Ainda que presente a função econômica desses contratos (tendo em vista ser celebrado com particulares que visam lucro com a atividade desenvolvida), a sua função primordial é, sem dúvida, a social.

3.1.2 Abuso de direito

Haverá abuso de direito por prática de ato ilícito quando o titular do direito, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes²⁰.

O Código Civil de 2002, ao tratar do abuso de direito, passou a regulamentar uma matéria constitucional (aplicável a todas as modalidades contratuais, inclusive aos contratos administrativos), ao tratar de limites impostos pela própria Constituição Federal, que sejam os de respeito aos limites do fim econômico ou social dos direitos, boa-fé e bons costumes²¹.

No âmbito dos contratos administrativos, o abuso de direito verifica-se sempre que se descumpre a função social desses contratos, seja por parte da Administração, seja por parte do particular contratado. Isso porque tais contratos visam um fim público útil (e não meramente a interesses individuais específicos), devendo-se respeitar os princípios que regem a administração pública, a exemplo dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Deste modo, por possuir pressuposto diverso dos contratos tipicamente civis (no sentido de que o seu escopo final é o interesse social e não individual), entendemos que o abuso de direito ocorrerá em dois âmbitos. Primeiro, ante o descumprimento de cláusulas contratuais ou desequilíbrios contratuais e, segundo, ante o descumprimento da função social dos contratos, seja por parte da Administração (podendo gerar atos de improbidade), seja por parte dos particulares contratados (por descumprimento do fim útil de tais contratos, que é de prestar serviços, com qualidade, para a sociedade).

²⁰ Artigo 187 do CC/02.

²¹ Neste ponto em específico dos abusos do direito, ao ser incorporado no direito privado princípios constitucionais com o Neoconstitucionalismo, verifica-se sua aplicação ao direito administrativo independentemente da previsão no direito privado (pois se poderia recorrer diretamente ao Diploma Constitucional, ainda que o CC/02 trate especificamente da matéria). No entanto, na prática, é mais viável utilizar-se do dispositivo legal do artigo 187, visto que o Código Civil é utilizado de forma suplementar aos contratos administrativos e trata a matéria de forma específica, sendo o Direito Obrigacional o único ramo do direito privado verdadeiramente unificado no Código Civil, tratando, assim, a matéria de forma abrangente.

3.1.3 Inadimplemento das obrigações

A Lei Geral de Licitações, ao tratar da execução dos contratos²², afirma que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas de licitação.

No entanto, no que tange ao adimplemento das prestações obrigacionais (sobretudo no que atine ao dever obrigacional por parte da administração pública), em não sendo cumprida a obrigação pela parte contratante, o diploma civil trata de forma muito mais completa e específica a matéria do que a Lei de Licitações, uma vez que esta traz como foco apenas a execução do contrato por parte do particular contratado.

De acordo com o CC/02, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária de acordo com os índices oficiais, e honorários advocatícios. Caso o devedor não efetue o pagamento devido ou o credor negue a recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, encontrar-se-ão em mora. E, em caso de mora por parte do devedor, responderá ele pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado²³.

Sobre juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça entende serem devidos nos casos de inadimplemento da Administração²⁴. Esse entendimento também é válido para os casos de correção monetária em virtude da mora. Isso porque o Tribunal entende não se tratar de benefícios extracontratuais, mas sim de um mecanismo de manutenção da real expressão aquisitiva da moeda desvalorizada pela inflação. Em virtude disso, a não atualização monetária poderia gerar um enriquecimento ilícito por parte da administração pública. E, como pode observar-se em diversos julgados, o STJ decidiu pela incidência da correção monetária nos contratos administrativos com fundamento na teoria geral dos contratos²⁵.

²² Conforme o art. 66 da Lei de Licitações.

²³ Observar artigos 389, 394, 395 e seguintes do CC/02.

²⁴ Exemplos de julgados sobre juros de mora: Embargos de Divergência em REsp. 964.685-SP, DJe 06.11.2009; REsp 1.079.522-SC, DJe 17.12.2008; REsp 696.935-MT, DJ 14.12.2006; REsp 958.177-SP, DJ 12.11.2007; REsp. 909.800-MG, DJ 29.06.2007; REsp 964.685-SP, DJ 05.12.2007; REsp 465.836-RJ, DJ 19.10.2006; REsp. 437.203-SP, DJ 18.11.2002.

²⁵ Exemplos de julgados sobre correção monetária: REsp 1.079.522-SC, DJe 17.12.2008; REsp 1.148.397-SP, DJe 02.12.2009; REsp 679.525-SC, DJe 20.06.2005; REsp 696.935-MT, DJe 14.12.2006; REsp 770.675-SP; REsp 909.800-MG, DJe 29.06.2007; REsp 968.835-SC; DJe 14.08.2009; REsp 437.203-SP, DJe, 18.11.2002; REsp 17.040-SP; REsp 7.399-SP, DJe, 27.06.1994; REsp 958.177, DJe 12.11.2007.

Desta feita, ainda que haja ressalva quanto à aplicação do CC/02 nas situações em que há inadimplemento por parte da administração (a exemplo da aplicação de forma restrita do artigo 391, uma vez que o inadimplemento das obrigações por parte da administração só pode atingir os bens dominicais, ou seja, aqueles não afetados²⁶), entendemos ser possível a aplicação suplementar da teoria do inadimplemento civil aos contratos administrativos.

Ressaltamos a importância deste tópico, sobretudo ante a indagação feita por parte do particular contratado, de o que se fazer quando houver o inadimplemento contratual pela administração pública contratante. Isso porque, nos contratos administrativos, o atraso nos pagamentos por parte da administração é algo bastante recorrente.

Em artigo publicado pelo Zênite (empresa que visa soluções integradas em gestão), o Procurador Federal Leonardo de Almeida e Silva²⁷, argumenta que, na atualidade, é comum o atraso de pagamento da administração pública, o que decorre, especialmente, da falta de planejamento do cronograma de desembolso necessário para viabilizar a consecução integral do objeto então contratado.

Segundo o Procurador, trata-se de hipótese clássica de falta de recursos orçamentários para a consecução do objeto do contrato, o que vai de encontro às próprias regras da administração Pública²⁸, que estabelecem, como pressuposto do certame e da celebração do contrato, a demonstração de existir recurso suficiente para sua consecução e conclusão de seu objeto.

Deste modo, os atrasos de pagamento que são vivenciados na atualidade autorizam a invocação, pela contratada, da teoria da exceção do contrato não cumprido²⁹ (como derivativo do princípio da boa-fé objetiva), com o objetivo de suspender o cumprimento das obrigações pactuadas no contrato até que seja normalizada sua situação ou se opte pela rescisão contratual. Com fulcro na Constituição Federal³⁰, o inadimplemento da Administração também é causa

²⁶ O CC/02 conceitua no artigo 99, III bens dominicais como aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada um dessas entidades. Sendo este conceito complementado pelo parágrafo único do mesmo artigo, o qual afirma, em não dispondo lei em sentido contrário, serem considerados dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público que se tenha dado estrutura de direito privado.

²⁷ SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014.

²⁸ Regras dispostas no artigo 7º, § 2º, inc. III, e § 3º, da Lei de Licitações e nos artigos 15 a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000).

²⁹ Consagrada no inciso XV do artigo 78 da Lei de Licitações.

³⁰ Inciso XXI, art. 37 da CRFB.

de desequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que em tais contratos faz-se necessário a presença de cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento.

Neste sentido, destacam-se os julgados tanto no STF quanto no STJ em que se reconhece o direito de indenização por parte das empresas contratadas nos contratos administrativos em virtude da quebra do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, tutelados por princípios como o da confiança e da segurança jurídica³¹. Reconhecendo, inclusive, a responsabilidade civil do Estado pelas perdas e danos (seja pelos danos emergentes, que consistem no prejuízo real sofrido pelo credor, seja pelos lucros cessantes, que possuem relação com um ganho que deixou de obter em decorrência do inadimplemento).

Por fim, ressalta-se também a possibilidade de incidência de perdas e danos em virtude do inadimplemento contratual³², sendo elas devidas ao credor e abrangentes não apenas ao que ele efetivamente perdeu, mas também o que razoavelmente deixou de lucrar. Deste modo, a aplicação, ainda que de forma subsidiária, da teoria do inadimplemento civil aos contratos administrativos é essencial afim de se garantir uma melhor execução do contrato administrativo como um todo. Isso porque a Lei de Licitações trata a matéria de forma muito mais restrita que o Código Civil.

3.1.4 Da exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido trata-se de tópico com um certo viés principiológico/fundamentador da teoria do adimplemento contratual, tendo em vista ser aplicada aos contratos bilaterais (incluindo-se aqui os contratos administrativos), nos quais há um direito/dever mútuo dos contratantes de exigência do implemento por parte do outro, desde que, para isso, tenha cumprido sua prestação³³.

Dentre as hipóteses de rescisão contratual da Lei de Licitações³⁴ a possibilidade de rescisão por atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados.

³¹ Neste sentido: RE 571.969/DF, DJe 12.03.2014 ; REsp 1.248.237, DJe 01.10.2014; REsp 412.798-BA, DJe 19.12.2003.

³² Tema lecionado no art. 402 do Código Civil.

³³ Observar artigos 476, 477 do CC/02.

³⁴ Artigo 78, XV da Lei de Licitações.

Nos contratos de colaboração para execução de obras e serviços, por meio de atividade delegada, o contratante tem como seu direito principal o de receber o preço público pela atividade prestada, na forma e no prazo convencionados ou, em se tratando de concessão de uso de bens públicos, por exemplo, o direito de receber prestação devida pela Administração.

Conforme entendimento jurisprudencial³⁵, sempre que o atraso de pagamento perpetrado pela entidade contratante ultrapassar o prazo de 90 dias, poderá a contratada comunicar formalmente à entidade contratante a suspensão do cumprimento das obrigações pactuadas no contrato e/ou pleitear sua rescisão judicial.

Tal entendimento é possível de ser aplicado sempre que o inadimplemento do contratado decorrer exclusivamente do atraso no recebimento de preço acordado com a Administração (caracterizando o inadimplemento da administração pública, denominado no direito administrativo de fato da administração), acarretando prejuízos insuportáveis para ele (e consequente desequilíbrio econômico e financeiro do contrato). Nesse contexto, justifica-se a invocação da exceção do contrato não cumprido consagrada no CC/02. Além de se verificar, nesses casos, a violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (tema a ser analisado no tópico seguinte).

3.1.5 Enriquecimento sem causa

Assim como as questões envolvendo abuso de direito, o enriquecimento sem causa caracteriza-se por ser um direito universal decorrente de preceitos constitucionais como probidade e boa-fé. Conforme o Código Civil³⁶, será obrigado a restituir o que indevidamente tiver auferido todos que, sem justa causa, se enriquecerem à custa de outrem, devendo ser feita atualização monetária dos valores devidos. Salvo se for conferido outros meios legais para ressarcir o indivíduo do prejuízo sofrido.

Os dispositivos sobre enriquecimento sem causa do CC/02³⁷ reafirmam as disposições próprias do direito administrativo constitucional. Isso porque a Constituição Federal³⁸ afirma que as pessoas jurídicas de direito público e as

³⁵ Conforme os julgados: REsp 910.802/RJ ; TRF-4 AC 1999.04.01.034581; TJ-PE - APL: 3111628 PE, Julgamento: 11/02/2016; TJ-PE - AI: 3930889 PE, Julgamento: 04/02/2016; TJ-RN - AC: 20120099303, Julgamento: 26/02/2013; dentre tantos outros.

³⁶ Consoante o artigo 884 do CC/02.

³⁷ Conforme o artigo 884 e seguintes do Código.

³⁸ Observar artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem. Matéria prevista também na Lei de Licitações no parágrafo único do artigo 59 ao tratar sobre a declaração de nulidade do contrato administrativo, a qual não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

3.1.6 A revisão contratual como alternativa à resolução do contrato por onerosidade excessiva

O Código Civil³⁹ caracteriza como onerosidade excessiva as situações nas quais a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis⁴⁰, ensejando ao devedor a possibilidade de pedir a resolução do contrato.

Nos contratos administrativos, nas situações de reiterado descumprimento do pagamento do valor devido ao contratado, surge a possibilidade do redimensionamento das obrigações contratuais como um verdadeiro mecanismo de reduzir o agravamento da onerosidade excessiva. Podendo as partes, de comum acordo, promover novo equacionamento das obrigações contratuais em razão de eventuais dificuldades financeiras do ente público.

Deste modo, pode-se dizer que a necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo advém da superveniência de prestações obrigacionais excessivamente imposta ao contratado da administração. Trata-se de matéria civilista já consagrada nos contratos administrativos como um todo e é um ponto extremamente importante nos contratos de prestação de serviços públicos, sobretudo os tidos como essenciais.

Justamente em virtude desses contratos (em regime de concessão de serviços públicos através de uma atividade delegada ao ente privado pela

³⁹ Consoante o artigo 478 do CC/02, o qual é perfeitamente aplicado aos contratos administrativos, sobretudo no que diz respeito aos contratos de prestação de serviços, que se caracterizam como contratos de execução continuada ou diferida.

⁴⁰ Sobre extraordinários e imprevisíveis, observar o estudo do tópico seguinte sobre Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato.

administração pública), serem contratos de longa duração. Logo, com a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro pode-se evitar a resolução do contrato por onerosidade excessiva, a partir de mudanças equitativas das condições do contrato.⁴¹

Portanto, ao invés de optar pela resolução do contrato por onerosidade excessiva, opta-se pela revisão contratual, a qual, ao final, apresenta-se muito mais vantajosa tanto para a administração contratante quanto para o particular contratado, afim de revisar os preços, atualizando-os monetariamente, reajustando-os ou repactuando-os.⁴²

Desta feita, a Lei de Licitações⁴³ determina como cláusula necessária aos contratos administrativos o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Acerca da possibilidade de repactuação nos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, poderão ser prorrogados em períodos iguais e sucessivos ao da contratação, levando em consideração a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitadas a sessenta meses.⁴⁴

E, de forma específica, o Decreto n. 2.271/97 (uniformizar modo de citação das leis), ao tratar da contratação de serviços pela administração pública federal, estabelece que tais contratos que tenham por objeto prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado.⁴⁵

⁴¹ Conforme disposição expressa do Código Civil no artigo 479.

⁴² Nesse sentido, analisa o professor de Direito Público da USP, Dr. Vitor Rhein Schirato: "como consequência de um processo de atenuação da verticalidade das relações entre Estado e indivíduo, emerge a necessidade de revisão dos contratos administrativos como instrumentos firmados com uma necessária desigualdade entre as partes. É dizer que as relações gerais entre Estado e indivíduos deixam de ser essencialmente verticalizadas e autoritárias, o conceito de contrato administrativo moldado originalmente para se aplicar a uma necessária desigualdade entre as partes perde o sentido. Mas ainda, o contrato passa a ser não apenas meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação de interesse pela via consensual". Cf. Apud. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contrato Administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 412.

⁴³ Artigo 55, III da Lei.

⁴⁴ Previsão do artigo 57, II da Lei de Licitações.

⁴⁵ Artigo 5º do Decreto 2.271/97.

3.1.7 Equilíbrio econômico e financeiro

Como estudado no tópico acima, o restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro a partir de medidas alternativas à resolução do contrato (a exemplo da revisão contratual e da repactuação) torna-se, na prática, algo muito mais viável tanto para a Administração quanto para o contratado. Uma vez que não se resolveria o contrato, apenas o revisaria, afim de restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro a partir do reajustamento do preço.

O desequilíbrio econômico e financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição decorrem, via de regra, da ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculável, a exemplo da ocorrência das áleas administrativas e econômicas e no caso fortuito e força maior.⁴⁶

Trata-se de eventos causadores de mutabilidade contratual⁴⁷ nos contratos administrativos, capazes de gerar desequilíbrios econômicos e financeiros. Sobre as áleas administrativas, que se subdividem em fato do príncipe, fato da administração e as possibilidades de alteração contratual de forma unilateral, ressaltamos, sobre as últimas, a impossibilidade de alteração unilateral do contrato⁴⁸ trazida pela Lei n. 13.303 de 2016 que regulamenta o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista atuantes no setor econômico. Essa vedação sinaliza a tendência negocial dos contratos administrativos como um todo (embora a Lei regulamente apenas as empresas de capital público), uma vez que visa a garantir uma maior funcionalidade com igualdade de prerrogativas na forma de gestão do contrato acordado.

Por fato da administração, entende-se como qualquer ato, comissivo ou omissivo, por parte do ente contratante, capaz de dificultar/retardar ou impedir a execução do contrato por parte do contratado. Já o fato do príncipe seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas capaz de repercutir indiretamente sobre ele, respondendo a Administração, nesses casos, em virtude de sua obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido.⁴⁹ E, sobre a possibilidade de alteração unilateral, a Lei de Licitações⁵⁰

⁴⁶ Nessas hipóteses elencadas, dispõe o artigo 65, II, "d" da Lei n. 8.666/93 que se poderá restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, por acordo entre as partes, a fim de retomar a relação que as partes pactuaram inicialmente.

⁴⁷ Vide tópico 2.2 sobre características e cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos.

⁴⁸ O artigo 72 da Lei das Estatais afirma que os contratos regidos por ela somente poderão ser alterados por acordo entre as partes.

⁴⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵⁰ Lei n. 8.666/93, artigo 58, I.

estabelece ser possível a Administração modificar os contratos administrativos, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

Já a álea econômica encontra guarida na Teoria Da Imprevisão, a qual decorre de acontecimentos externos ao contrato, ou seja, estanhos à vontade das partes, caracterizados como imprevisíveis e inevitáveis, causadores de desequilíbrios contratuais, a ponto de tornar a execução do contrato extremamente onerosa para o contratado.⁵¹

Sobre a possibilidade de alteração dos contratos administrativos em consequência do desequilíbrio econômico e financeiro, esta se dará de forma bilateral (por acordo das partes), quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.⁵²

A Lei de Licitações⁵³ dispõe, ainda, que as partes poderão, de comum acordo, restabelecer a relação inicialmente pactuada entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda em causa de fortuito interno ou fato do príncipe (configurando álea econômica extraordinária e extracontratual).

Por fim, ressaltamos a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro como tema de relevante interesse público, posto que o ente estatal, em cumprindo seus compromissos contratuais, seja capaz de reparar eventuais danos gerados. Tutelando-se, neste aspecto, o interesse social em ver o Estado honrando seus compromissos de forma ética e proba.

⁵¹ Ressaltamos, ainda, que a Teoria da Imprevisão não se confunde com caso fortuito ou força maior, que são verdadeiras excludentes de responsabilidade (embora garantam o direito à rescisão contratual desde que devidamente comprovada, conforme o artigo 78, XVII da Lei Geral de Licitações), uma vez que geram a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato, impedindo a sua execução de forma absoluta.

⁵² Disposição do artigo 65, II, c da Lei de Licitações.

⁵³ Artigo 65, II, "d", da Lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme posto neste trabalho, o processo de desburocratização da máquina pública e de intensificação das relações entre a Administração e as empresas privadas nos contratos administrativos vem possibilitando grandes transformações afim de adaptar tais contratos à dinâmica social e econômica do Brasil.

Como analisado, este processo de transformações na gestão pública passa a ganhar significativa importância no Ordenamento Jurídico Pátrio a partir da promulgação da CRFB/88, a qual fundamenta-se em um liberalismo com um viés social, e intensificou-se com o processo de constitucionalização do Direito.

O advento do Neoconstitucionalismo ressaltou a necessidade de efetivação da justiça social, a qual além de assegurar os interesses públicos da sociedade como um todo, também engloba os interesses dos particulares, ensejando, na doutrina, o início da discussão acerca de uma possível relativização do interesse público. Relativização esta que, a nosso ver, nada mais seria que a necessidade de ponderação de valores no caso concreto, tendo em vista tratar-se o interesse público de princípio constitucional.

A partir da discussão em torno da relativização do interesse público, verifica-se o enfraquecimento das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e a consequente ampliação das obrigações civis a tais contratos, afim de garantir um maior equilíbrio contratual e contraprestacional entre os contratantes.

Deste modo, as tendências do direito obrigacional e dos contratos no Código Civil devem ser observadas nos contratos administrativos, uma vez que atuam de forma complementar (ainda que subsidiária, conforme o artigo 54 da Lei 8.666/93) às obrigações dos contratos administrativos. Sendo possível, assim, desenvolver contratos mais condizentes com a dinâmica econômica e contratual do século XXI, de caráter negocial, superando o nosso modelo rígido contratual baseado no direito administrativo francês do século XIX.

Nesse sentido, constatou-se a tendência de adoção de um novo paradigma na inter-relação entre o setor público e o privado no que diz respeito ao modelo contratual administrativo adotado. O que repercutiu, atualmente, na intensificação das formas de parceria entre os dois setores, a exemplo das Parcerias Públicos Privadas e da ampliação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, os quais são baseados em um conjunto de obrigações mais dinâmicas e equilibradas, compartilhado os ônus do contrato entre a Administração e o particular contratado.

Com isso, nota-se ser bastante salutar a aplicação de normas e princípios privados, antes somente ventilados nas relações entre particulares, como

técnica de soluções de conflitos nascidos dos contratos administrativos. Em especial naquelas hipóteses nas quais as normas de direito público que regem esses contratos se mostrarem insuficientes para garantir o equilíbrio contratual necessário, afim de não se onerar, de forma excessiva e desarrazoada, nenhuma das partes contratuais. Devendo-se, para isso, ambas as partes contratuais atuarem com uma conduta proba e calcada na boa-fé.

5 REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, FGV. v. 253. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8053>>. Acesso em: 22 de julho de 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Proc. Geral*. Rio de Janeiro, p. 59, 2005.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FALCÃO, Joaquim (Org.). [et al.]. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. v.2.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contrato Administrativos: casos e polêmicas*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista de Direito da Associação dos*

Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XVIII, 2006. (Número temático, Parcerias público-privadas).

SCHIRATO, Vitor Rhein. A intervenção entre a Administração Pública e os particulares nos contratos administrativos. In: FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA – FCGP, n. 138, Ano 12, Belo Horizonte, junho/2013.

SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014.

VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. O regime jurídico dos contratos administrativos e a subsidiariedade dos preceitos do Codex Civilis: uma nova ordem para a contratação pública. FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n.133, jan. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=84231>. Acesso em: 8 junho de 2016.

A ARRECADAÇÃO E APLICAÇÃO DAS RECEITAS DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS: O INTERESSE DA COLETIVIDADE EM FOCO

The arrecadation and application of resources from the Defense Fund of Diffuse Rights: The interest of collectivity in focus

Gabriela Rogério Borella

Graduanda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

RESUMO: O artigo versa sobre a composição orgânica, as competências, os objetivos e as funções do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, bem como dos seus órgãos auxiliares. Observa, ainda, as suas formas legais de arrecadação e os procedimentos utilizados pelo Poder Público para aplicação dos recursos. Nesse aspecto, o presente trabalho estabelece como marco temporal os anos de 2013 a 2017 para analisar numericamente e qualitativamente os montantes arrecadados, os investimentos realizados, os convênios estabelecidos e as despesas orçamentárias do Fundo. À luz desse estudo, busca refletir sobre a efetividade da atuação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos frente à tutela dos interesses da coletividade.

ABSTRACT: The article is about the organic composition, competences, objectives and functions of the Defense Fund of Diffuse Rights, as well as its auxiliaries organs. It also observes its legal forms of arrecadation and the procedures used by the Government to apply the resources. In this aspect, the present work establishes as a time frame the years from 2013 to 2017 to analyze numerically and qualitatively the amounts collected, the investments made, the agreements established and the budgetary expenses of the Fund. In the light of this study, it seeks to reflect about the effectiveness of the action of the Defense Fund of Diffuse Rights in the protection of the interests of the collectivity.

INTRODUÇÃO

Segundo a clássica repartição das dimensões dos direitos fundamentais feita por Norberto Bobbio¹, os de terceira geração são aqueles referentes aos direitos transindividuais, que ultrapassam as fronteiras dos interesses individuais e assumem uma titularidade coletiva, a qual os cidadãos não podem simplesmente “renunciar”, visto que são indisponíveis. São exemplos de direitos transindividuais os dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, etc.

Nesse sentido, os direitos transindividuais, ou direitos coletivos em sentido amplo, podem ser classificados em três subgrupos, de acordo com o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor²: Os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.³

Sem adentrar nos pormenores de cada espécie dos direitos coletivos em sentido amplo, é possível inferir que todos eles possuem ao menos um ponto em comum, qual seja a tutela jurisdicional coletiva. O processo coletivo se forma justamente quando subsiste em determinada lide uma relação jurídica coletiva, na qual figura um dos interesses ou direitos coletivos elencados no rol do dispositivo legal supracitado.

Assim, os procedimentos utilizados para se discutir as causas coletivas são diversos. Entre eles, pode-se citar a ação popular (Lei nº 4.717/1965 e art. 5º, LXXIII, da Constituição), a ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da Constituição), as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (artigos 91 a 100 do CDC) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), por exemplo.

Independente da denominação, todas as referidas ações judiciais servem à litigação de interesse público (public law litigation). Elas vão além do tradicional processo no qual se tutelam interesses individuais e privados, adquirindo um caráter eminentemente social, discutindo assuntos que dizem respeito a um determinado grupo ou até mesmo a uma coletividade de pessoas indeterminadas.

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

³ OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em: <www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html> Acesso em: 29 de Maio de 2018

Isto posto, o que interessa para fins do presente artigo é a fase final da ação coletiva adotada: A execução da sentença. Conforme se observa do exposto, ao fim do processo coletivo não há uma tradicional condenação do vencido a pagar um valor hipotético ao vencedor, posto que muitas vezes não se sabe quem integra a titularidade de um dos polos da lide.

Nesse ínterim, a efetivação da sentença coletiva condenatória de reparação pecuniária será feita de acordo com a espécie do direito coletivo em sentido amplo abarcado pela lide. Na hipótese dos direitos individuais homogêneos, por exemplo, há a liquidação fluida (fluid recovery), que se trata de uma espécie de liquidação coletiva prevista no artigo 100 do CDC.

Em todo caso, observando-se a “natureza de ser” do processo coletivo, chega-se à conclusão de que essa fase de execução de sentença, na qual se obterão os meios necessários para efetivamente reparar um dano causado à coletividade, deve ser concebida em uma lógica que permita o usufruto coletivo desse benefício. Nessa toada, surge então o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), objeto do presente trabalho.

Conforme se detalhará adiante, o FDD também é composto por outras formas de arrecadação, todavia, independente disso, a sua criação tem importância crucial para a efetivação dos direitos transindividuais, seja para reparação dos danos causados ou para a promoção de ações de conscientização na sociedade.

Visto isso, faz-se mais do que necessário o estudo desse tema, calcando-se nos procedimentos que são utilizados para cumprir as finalidades instituídas na criação do FDD, bem como na análise acerca de sua efetividade, com atenção principalmente ao gerenciamento público dos recursos financeiros da coletividade.

1. O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS: NOÇÕES GERAIS

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) foi instituído através da Lei nº 7.347/85, que originalmente disciplina a ação civil pública (ACP), conforme dissertado anteriormente. O artigo 13 desta legislação, mais especificamente, encontra-se escrito da seguinte forma:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

À luz desse artigo, Fredie Didier ensina que “havendo condenação ao pagamento de quantia em ação fundada em direito difuso ou coletivo em sentido estrito (...) o dinheiro arrecadado deve ser direcionado a esse fundo” . Define-se o FDD, portanto, como um fundo de caráter público e de natureza contábil, formado através da arrecadação das condenações processuais no âmbito do processo coletivo, dentre outros modos.

O site oficial⁵ do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conceitua-o nesse mesmo sentido, ao descrever que “trata-se de um Fundo⁴ de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Justiça, e regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, por meio do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD”.

Visto isso, quando da sua criação, o § 1º do artigo 13 previu uma regulamentação do FDD, ocasionada posteriormente por meio do Decreto nº 1.306/94 e da Lei nº 9.008/95. Estas normas preceituam a estrutura hierárquica do Fundo, bem como suas funções, objetivos, composição orgânica, competências e os modos de arrecadação.

No que concerne à sua finalidade, o FDD busca a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Depreende-se dos seus objetivos supracitados que o Fundo em questão possui caráter eminentemente social, desempenhando o papel de tentar restaurar um prejuízo que foi causado a bens e direitos da coletividade. Ressalta-se que apesar da redação do §1º, artigo 1º, da Lei nº 9.008/95 referir-se aos direitos difusos e coletivos como “interesses”, os mesmo já foram constitucionalmente garantidos no Título II, Capítulo I da Carta Magna.

Sucessivamente, a Lei regulamentadora do FDD também definiu quais são os seus produtos de arrecadação, ou seja, de onde advém a receita financeira necessária ao cumprimento das finalidades acima elencadas. A redação do §2º, do artigo 1º, dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

⁴ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 471

⁵ Ministério da Justiça. **Direitos Difusos**. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos> Acesso em: 18 de maio de 2018.

§ 2º Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação:

I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985;

II - (Revogado)

III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;

VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;

VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

Observa-se, a partir do dispositivo transcrito, que os valores advindos dos processos judiciais não são a única forma de arrecadação, embora se faça referência às condenações judiciais sofridas no âmbito das ações que versam sobre direitos difusos e coletivos (I), e especificamente às relacionadas aos prejuízos causados ao mercado de valores mobiliários (IV).

Assim, existem ainda as hipóteses de angariar recursos através da aplicação de multas e do recolhimento de indenizações previstas no Código de Defesa do Consumidor (III). É o caso das sanções administrativas decorrentes de infrações contra as normas de defesa do consumidor, contidas no artigo 57, parágrafo único, e das ações de defesa de direitos individuais homogêneos que não tenham habilitações dos interessados (*fluid revocery*), conformes outros requisitos estabelecidos pelo artigo 100.

No tocante às multas aplicáveis pela infração à ordem econômica (V), é importante elucidar que a Lei nº 8.884/94, que versava sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), foi revogada. Em sua substituição, foi promulgada a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Assim, o 28, §3º,⁶ da atual Lei do SBDC faz referência direta ao artigo 84⁷ da antiga Lei do CADE.

Elucida-se que a aplicação dos recursos do FDD deve ser feita na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos e científicos, na edição de material informativo e na modernização administrativa dos órgãos públicos

⁶ § 3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Cade, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei no 9.008, de 21 de março de 1995.

⁷ Art. 84. O valor das multas previstas nesta lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

ligados às políticas do fundo. Nesse ínterim, esses investimentos podem formar outros produtos financeiros, os quais igualmente farão parte do conjunto de sua arrecadação (VI).

Afora o caso supracitado e o de sanções administrativas, indenizações e condenações judiciais, os recursos do FDD também podem ser provenientes de doações (VIII) e de quaisquer outras receitas que venham ser destinadas ao mesmo (VII). Deixa-se em aberto a possibilidade de criação de outras formas de arrecadação, ou mesmo de uma nova repartição de produtos que já existem na legislação brasileira.

Excetuando-se as hipóteses de angariar recursos abrangidas pelos incisos VI, VII e VIII, do §2º, é possível perceber que o caráter público e social do FDD é reforçado através da premissa de que o produto das condenações judiciais envolvendo direitos difusos e coletivos, assim como das infrações cometidas no âmbito do CDC e do SBDC, deve ser utilizado em proveito da sociedade como um todo.

Por último, destaca-se que em razão da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015), a previsão contida no inciso II, §2º, do art. 1º da Lei 9.008/95⁸ foi expressamente revogada. Desse modo, não subsiste mais a hipótese de arrecadação através de multas e indenizações, aplicáveis em razão de interesses coletivos, decorrentes de infrações contra pessoas com deficiência.

No que se refere à composição do Fundo de Direitos Difusos, a Lei nº 9.008/95 institui que haverá a composição de um conselho composto por dez integrantes, denominado Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD). Tal entidade é inerente à estrutura organizacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, bem como possui sede em Brasília (DF). A redação do artigo 2º da referida lei individualiza seus integrantes da seguinte forma:

- I - um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o presidirá;
- II - um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal;
- III - um representante do Ministério da Cultura;
- IV - um representante do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária;

II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais.

- V - um representante do Ministério da Fazenda;
- VI - um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;
- VII - um representante do Ministério Público Federal;
- VIII - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985.

Prima facie, nota-se a composição plural do CFDD, com membros de diversos Ministérios ligados a diferentes áreas de atuação, além da presença de um representante do Ministério Público Federal na qualidade de fiscal da lei. O inciso VIII do artigo acima referido prevê a participação de três representantes de entidades civis, em uma evidente tentativa de integrar a sociedade diretamente à gestão do Fundo.

Todavia, no que concerne a esses três representantes de entidades civis, é importante destacar que os mesmos devem preencher os mesmo requisitos que as associações interessadas em propor uma ação civil pública devem observar, de acordo com o estabelecido na Lei da ACP.⁹

Segundo o regimento interno do CFDD (Portaria nº 1.488, de 15 de agosto de 2008), os três membros que ocupam esse lugar serão indicados pelas entidades devidamente inscritas perante o conselho e designados pelo Ministro de Estado da Justiça. Atualmente, as entidades civis que compõe o CFDD são o Fórum Nacional de Entidades Civis de Defesa do Consumidor, o Instituto O Direito Por Um Planeta Verde e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon).

Os outros representantes do CFDD e seus suplentes serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e entidades a que pertençam, a fim de cumprir um mandato de dois anos, permitida uma recondução, exceto quanto ao membro da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual poderá ser reconduzido por mais de uma vez.

A competência do CFDD basicamente diz respeito ao gerenciamento dos produtos de arrecadação do fundo, fiscalizando a sua devida aplicação, a fim de alcançar os objetivos referidos anteriormente. Além dessas atividades, também deverão ser desempenhadas outras, de caráter educativo e conscientizador para a coletividade, com o intuito de promover os valores resguardados pela lei.

⁹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
(...)

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990, e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no § 1º do art. 1º desta Lei;

II - aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo;

III - examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;

IV - promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos;

V - fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no § 1º do art. 1º desta Lei;

VI - promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos;

VII - examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa a que se refere o § 3º do art. 1º desta Lei.

Outro órgão específico que atua no âmbito do FDD é a Secretaria de Defesa do Consumidor (Senacon), criada pelo Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, e regulada atualmente por meio da Portaria nº 905, de 24 de outubro de 2017, do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

A Senacon também integra a estrutura orgânica daquele Ministério e originalmente possui atribuições ligadas às relações de consumo no país, tanto que a sua atuação foi inicialmente prevista no Código de Defesa do Consumidor. Outrossim, o seu entrelaçamento com o FDD se dá, primeiramente, através de sua própria estrutura interna, composta por uma Coordenação de Direitos Difusos (CDD).

Basicamente, a Senacon exerce as funções de Secretaria Executiva do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, gere os valores recolhidos ao FDD, bem como elabora e acompanha a sua execução orçamentária anual. Não obstante, igualmente elabora os editais de chamamento público de projetos, atas, pautas e demais documentos públicos necessários à gestão do CFDD.

Além da CDD, integram a organização da Senacon a Divisão de Seleção e Monitoramento de Projetos de Direitos Difusos e o Serviço de Seleção e Monitoramento de Projetos de Direitos Difusos. Conforme se visualizará adiante, essas unidades organizacionais possuem a responsabilidade específica de gerir todo o procedimento seletivo de propostas de trabalho e projetos para aplicação dos recursos do FDD.

2. O PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

Visualizadas as finalidades do FDD e a definição de sua natureza, bem como a composição orgânica e as competências do Conselho Gestor e da Secretaria Executiva, passemos à abordagem acerca do procedimento utilizado para aplicar os recursos arrecadados pelo fundo.

A atuação do Fundo dos Direitos Difusos se dá através da publicação de editais periódicos, ante os quais entidades civis apresentam suas propostas de trabalho, que devem ser condizentes com os objetivos e valores tutelados pelo FDD. Essas áreas de interesse são divididas em subgrupos, devendo as entidades interessadas apresentar projetos específicos de acordo com a linha temática a ser tratada.

Por exemplo, o Edital de Chamamento Público CFDD nº 01/2015 previu 5 subgrupos, ou “chamadas”, para a apresentação de projetos de trabalho, quais sejam: Chamada I, promoção da recuperação, conservação e preservação do meio ambiente; Chamada II, proteção e defesa do consumidor; Chamada III, proteção e defesa da concorrência; Chamada IV, patrimônio cultural brasileiro; e Chamada V, outros direitos difusos e coletivos.

As entidades que podem receber os recursos do FDD, após o processo seletivo, incluem tanto instituições governamentais da Administração Direta ou Indireta, nas diferentes esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal), quanto Organizações da Sociedade Civil (OSC), sem fins lucrativos, que tenham nos seus estatutos objetivos relacionados à atuação do FDD, à exemplo das áreas relacionadas acima.

Vale frisar que o edital estabelecerá quais as despesas que não poderão ser realizadas com os recursos do FDD durante o desenvolvimento prático do projetos. Alguns exemplos contidos nos editais anteriores são as despesas com financiamento de dívidas, obras, instalações e as de manutenção das instituições proponentes ou executoras do projeto.

Nota-se, a partir dessas hipóteses, que a aplicação dos recursos arrecadados pelo FDD tem a evidente intenção de se ater à promoção social dos direitos transindividuais tutelados pelo mesmo. É possível perceber a vedação à qualquer forma de enriquecimento institucional das entidades participantes desse processo, a fim de que elas se atenham aos objetivos delineados na Lei nº 9.008/95.

¹⁰ Ministério da Justiça. Seleção de Projetos 2015. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2015> Acesso em: 24 de maio de 2018.

As propostas também deverão observar os valores referentes ao apoio financeiro fixados no edital. Na seleção de 2017 (Edital de Chamamento Público CFDD nº 01/2017), por exemplo, o limite mínimo era R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e o máximo R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

Para avaliar os projetos habilitados, a Senacon adotará as providências de instalação das Comissões de Avaliação, compostas por Conselheiros titulares e suplentes do FDD. Essas comissões analisarão as propostas apresentadas, conforme os critérios estabelecidos nos editais, e ao fim definirão a lista de projetos prioritários para o ano, de acordo com a previsão orçamentária do CFDD.

Destaca-se que após essa fase inicial, dar-se-á continuidade ao procedimento seletivo com a chamada “fase de instrução processual”. É nesse momento que as entidades que tiveram sucesso na primeira fase irão efetivamente conceber um “Plano de Trabalho” e apresentarão os demais documentos exigidos pela Senacon.

A Secretaria ainda elaborará uma nota técnica de viabilidade acerca do projeto e posteriormente o mesmo será distribuído para um “Conselheiro-Relator” do CFDD, que adotará as providências de relatoria e apresentação de voto em sessão plenária do Conselho. Somente após a votação no pleno do Conselho o projeto poderá ser considerado aprovado ou não.

Aprovando-se, a Secretaria Executiva do CFDD adotará todas as providências necessárias à regular celebração dos instrumentos de repasse financeiro e os planos de trabalho finalmente poderão ser implementados, utilizando-se o produto da arrecadação do FDD para a concretização de projetos nas diferentes áreas que lhe dizem respeito.

3. ARRECADAÇÃO VERSUS APLICAÇÃO DE RECURSOS E DESPESAS DO FDD

Observados todos os trâmites e procedimentos acima delineados, faz-se necessária uma análise sobre a efetividade desses gastos durante os últimos cinco anos (2013-2017), levando-se em consideração, além da receita do Fundo e o investimento real desses recursos em projetos, as suas despesas orçamentárias. Para fins de uma melhor visualização, tais dados foram colhidos e reunidos na tabela abaixo (tabela I):

TABELA I

Valores arrecadados pelo Fundo de Direitos Difusos; valores aplicados em convênios e termos de fomento; valores gastos com despesas orçamentárias (2013-2017)

Ano	Receita corrente (em reais)	Investimentos em projetos (em reais)¹¹	Despesas correntes (em reais)
2013	131.936.950,70	3.692.755,80	24.368,35
2014	206.523.968,71	6.784.419,41	15.375,20
2015	568.613.377,64	3.587.324,26	18.465,87
2016	786.794.637,76	2.248.323,16	12.259,00
2017	624.113.921,25	1.544.675,7	91.609,10

Fonte: Portal da Transparência

No que se refere à classificação tradicional do Direito Financeiro¹² sobre receitas e despesas, cumpre elucidar, resumidamente, que as ditas “de capital” são aquelas ligadas ao acréscimo ou mutação patrimonial do ente, ou seja, as que são economicamente produtivas. Enquanto isso, as denominadas “correntes” são economicamente improdutivas, visto que dizem respeito à manutenção de serviços já criados e à atividades orçamentárias rotineiras

Assim, o FDD basicamente arrecada receitas correntes, como as advindas de indenizações, restituições e ressarcimentos, bem como de multas

¹¹ Montantes correspondentes à soma individual dos valores aplicados pelo FDD nos convênios e termos de fomento celebrados naquele ano.
Ministério da Justiça. **Projetos Conveniados**. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/projetos-conveniados> Acesso em: 24 de maio de 2018

¹² RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2015

administrativas, contratuais e judiciais. Ressalta-se que este segundo subgrupo, referente às multas decorrentes da aplicação da legislação dos direitos coletivos e difusos, é responsável pela maior parte da arrecadação do Fundo, conforme se observa na tabela a seguir (tabela II):

TABELA II

Valores arrecadados através de multas e juros de mora; porcentagem do valor em relação ao total de receita acumulada no ano (vide tabela I) (2013-2017)

Ano	Valor das multas (em reais)	Porcentagem
2013	127.064.182,72	96,2%
2014	201.918.475,65	97,8%
2015	562.785.118,75	99%
2016	781.614.109,47	99,3%
2017	618.943.204,61	99,2%

Fonte: Portal da Transparência

A partir desses dados, percebe-se que esta espécie de arrecadação, baseada em multas e juros de mora, cresceu exponencialmente ao longo dos últimos cinco anos, de maneira que em 2016 e em 2017 representou quase a sua totalidade. Em 2018, a receita acumulada do FDD, registrada no Portal da Transparência até 23 de maio, soma o montante de R\$ 177.104.576,79 (cento e setenta e sete milhões cento e quatro mil quinhentos e setenta e seis reais e setenta e nove centavos). Desses, 99,2% são referentes à modalidade tratada na tabela acima, demonstrando a continuidade da importância desse tipo de arrecadação para o Fundo.

Salienta-se também a relevância da aplicação e da cobrança dessas multas em contratos e ações judiciais coletivas referentes à questões ambientais, mais especificamente. Sabe-se que a aplicação de penalidades nos casos de danos ao meio ambiente, previstas em legislação especial (Lei nº 9.605/98), teoricamente deveria ser uma forma de coibir a reincidência dessa atitudes ao mesmo tempo que serviria como uma fonte de arrecadação para recompor o dano causado.

Todavia, no caso da tragédia de Mariana ocorrido em novembro de 2015 e envolvendo a mineradora Samarco, por exemplo, até agosto de 2017, das 68 multas aplicadas à empresa, que totalizavam quase 552 milhões de reais, 67

ainda estavam em fase de recurso na Justiça Federal e apenas uma, parcelada em 59 vezes, tinha começado a ser quitada. Esse valor correspondia a 1% do total.¹³

Inobstante esse exemplo da flagrante inadimplência das multas ambientais no Brasil, em 2017 foi publicado o Decreto nº 9.179/17, que criou o Programa de Conversão de Multas Ambientais, permitindo a conversão de multas ambientais não quitadas em investimentos ambientais. Além disso, em determinadas hipóteses, o valor da multa consolidada poderá sofrer um desconto de 60%.

Essa nova disposição normativa, de certa forma, representa uma grande perda de arrecadação para os Fundos elencados no art. 73, da Lei nº 9.605/98¹⁴, incluindo-se o de Defesa dos Direitos Difusos. Sucede-se que parte da receita dos Fundos será retirada com a possibilidade de transformar o valor pecuniário da multa, que anteriormente seria destinado a eles, em prestação de serviço, adicionando-se ainda a incidência de descontos naquele valor.

Ademais, em relação aos projetos conveniados pelo FDD, nota-se uma variação significativa dessa quantidade ao longo do período de tempo entre os anos de 2013 e 2017, conforme se atesta a partir dos dados trazidos na tabela abaixo (tabela III):

TABELA III

Quantidades de convênios celebrados pelo FDD entre os anos de 2013 e 2017

Ano	Convênios
2013	13
2014	22
2015	11
2016	8
2017	18

Fonte: Secretaria Executiva do CFDD.

¹³ BEDINELLI, Talita. “Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia de Mariana”. El País - Brasil. São Paulo: 9 de agosto de 2017. Disponível em: brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html; acesso em: 25 de maio de 2018

¹⁴ Art. 73. Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 8 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.

Dentre os convênios celebrados, destaca-se principalmente a participação de muitos Municípios e Universidades Federais. Em todos os anos estudados (2013-2017), tanto aqueles entes políticos quanto essas instituições de ensino superior tiveram projetos executados com a participação de recursos do FDD. Mais especificamente, 14 Municípios já desenvolveram planos de trabalho junto ao Fundo e foi contabilizada a participação das Universidades por 12 vezes.

Nota-se também, em menor escala, a participação de outros Fundos estaduais na celebração desses convênios. Entre eles se encontra o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor do Estado de Mato Grosso, beneficiado pelos recursos do FDD em 2014 e destacando-se pela atuação no âmbito do direito consumerista.

A Defensoria Pública também é outro ente que obteve recursos do Fundo de Direitos Difusos para a promoção e difusão dos direitos do consumidor durante 2 anos: Em 2015, com a Defensoria do Maranhão e em 2017, com a Defensoria do Tocantins. Ambas as vezes os planos de trabalho tinham o intuito de realizar um atendimento itinerante do núcleo de defesa do consumidor da Defensoria Pública desses dois Estados.

Apesar de 2016 ter sido o ano de maior arrecadação do FDD (vide tabela I), dentro do período temporal estudado no presente trabalho, foi o de menor convênios celebrados, contando com apenas oito. Em relação a estes, frisa-se que todos foram basicamente restritos à entes políticos (Municípios), entidades da Administração Pública Indireta e ao Ministério Público.

Segundo consta no relatório da gestão do FDD do exercício de 2016, nesse ano, “pela primeira vez na história do CFDD, não houve chamanento público para seleção de propostas de trabalho, devido, principalmente, as mudanças políticas no Poder Executivo.”¹⁵ A justificativa apresentada no referido documento foi a de que “a previsão orçamentária prevista na LOA teve contingenciamento pelo Executivo em 2016, prejudicando o cumprimento das metas.”¹⁶

Assim, a ausência de participação de entidades civis nos convênios firmados em 2016 teria se dado como consequência da entrada em vigor da Lei nº 13.019/2015 em janeiro de 2017 e do Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016. De acordo com o relatório, esses instrumentos normativos modificaram

¹⁵ Secretaria Nacional do Consumidor. **Relatório de Gestão do Exercício de 2016**. Brasília: Maio de 2017. p. 37. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/relatorio-de-gestao-do-exercicio-de-2016.pdf/view> Acesso em: 28 de maio de 2018

¹⁶ Ibidem

as regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

Nesse aspecto, enfatiza-se a proporção entre o montante arrecadado pelo FDD e os valores efetivamente aplicados em planos de trabalho. Entre 2013 e 2017 esse percentual girou praticamente em torno de 1,45%, um valor baixíssimo comparada à quantia milionária obtida em receita pelo FDD ano após ano, conforme se visualiza na tabela abaixo (tabela IV):

TABELA IV

Percentual do valor aplicado em convênios comparado ao montante arrecadado no ano (vide tabela I); percentual de despesas correntes gastas comparado ao montante arrecadado no ano (vide tabela I) (2013-2017)

Ano	Porcentagem do valor aplicado em projetos	Porcentagem do valor gasto em despesas correntes
2013	2,80%	0,018%
2014	3,29%	0,007%
2015	0,63%	0,003%
2016	0,29%	0,002%
2017	0,25%	0,015%

Fonte: Portal da Transparência

Sobressai-se também o baixíssimo custo no FDD no que se refere às suas despesas correntes, em comparação ao valor total arrecadado anualmente. Ainda que os casos permitidos sejam os de pagamento de diárias, material de consumo, passagens e despesas de locomoção, serviços de consultoria e outros serviços, de pessoas físicas ou jurídicas, ao longo dos últimos cinco anos esse percentual foi em média de 0,009%.

Fora essas, a única despesa de capital permitida pelo FDD é com equipamentos e material permanente, o que também não significa um grande impacto nas contas orçamentárias exibidas acima (tabela IV), visto que existe uma série despesas que são expressamente vedadas pelo Fundo, como a aquisição de imóveis, e a realização de obras e instalações.

A interpretação lógica que decorre dos dados reunidos nessas tabelas (I, III e IV) é a de que valor que “sobra” da receita do FDD e não é aplicado nem em projetos nem em despesas orçamentárias, consequentemente vira superávit primário, descumprindo todas as finalidades da própria criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Segundo a revista eletrônica Consultor Jurídico, o ex-presidente do CFDD já se pronunciou acerca desse tema:

“O ex-presidente do conselho gestor do Fundo Fabrício Missorino Lázaro conta o que é feito com esse dinheiro: os valores que não são aplicados nos projetos nem compõem os gastos de custeio da secretaria-executiva do conselho vão para o orçamento geral do Ministério da Justiça, ‘que detém autonomia tanto para a liberação de recursos ao Conselho como para o redirecionamento dos recursos não utilizados a outras pastas que compõem o ministério’. Ou seja, o Ministério da Justiça faz o que quiser com a quantia.”¹⁷

O relatório do FDD de 2016 igualmente aborda a questão da maioria dos recursos do Fundo virarem superávits anuais e cita que um dos fatores que provoca tal situação é, em verdade, uma barreira orçamentária: O limite monetário estabelecido para financiar as despesas anuais. Nesse sentido, observa-se o seguinte excerto do relatório:

“Porém, o contingenciamento financeiro sistemático ano após ano vem reduzindo o número de projetos apoiados. Situação preocupante vem ocorrendo na elaboração e na execução orçamentária, pois as Unidades que dispõem de receitas diretamente arrecadadas (fonte 150) e receitas vinculadas (fontes 118, 174, 175, etc...), vem sendo compelidas gradativamente a formarem montantes superavitários em função da diferença entre a estimativa de arrecadação de receitas e o limite monetário efetivamente concedido para o financiamento das suas despesas anuais, repercutindo assim sobremaneira na formação da chamada Reserva de Contingência na própria Unidade Orçamentária. Esta situação é recorrente devido aos limites monetários para elaboração e execução do orçamento serem inferiores ao total estimado e arrecadado das receitas, gerando assim superávits anuais. Quando é solicitada liberação de parte dos recursos da Reserva de Contingência prevista no orçamento do FDD, a Secretaria de Orçamento Federal – SOF/MPOG nega, justificando a inexistência de espaço fiscal para aumentar as despesas discricionárias.”¹⁸

A referida reserva de contingência é originária do artigo 91 do Decreto-Lei nº 900/69: “Sob a denominação de Reserva de Contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado

¹⁷ VASCONCELLOS, Marcos. Cofre Paralelo: Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa. Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa; acesso em: 26 de maio de 2018

¹⁸ Ibidem. p. 38

órgão, unidade orçamentária, programa ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais."

Desse modo, a receita do FDD, que legalmente deveria servir para promover a defesa dos direitos transindividuais, tem a sua maior parte direcionada para o orçamento geral do Ministérios da Justiça e Segurança Pública. Não obstante, nem mesmo as tentativas de liberar esses recursos da reserva de contingência são atendidas por parte da Secretaria de Orçamento Federal, vinculada ao Ministério do Planejamento.

CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, conclui-se, primeiramente, que a criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos é um grande avanço social na tutela dos direitos transindividuais, relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, e à ordem econômica.

Nesse sentido, por ser um Fundo de natureza pública e a serviço de interesses sociais, são princípios inerentes ao mesmo a publicidade e a transparência. Contudo, apesar de possuir uma composição orgânica bem estruturada e um eficiente procedimento de arrecadação de recursos, o que se visualiza a partir dos dados e inferências arrazoados ao longo do presente artigo é um déficit de informações acerca da aplicabilidade dos recursos arrecadados pelo FDD.

Outrossim, o contingenciamento realizado com os recursos do FDD é deveras prejudicial aos interesses da coletividade, vez que a limitação de suas despesas anuais impede o financiamento de mais projetos e planos de trabalhos, os quais realizam serviços de interesse e em prol da sociedade como um todo e cumprem a finalidade do próprio processo coletivo.

De outra forma, se a arrecadação de receitas do FDD não se destina integralmente à satisfazer os interesses transindividuais, as condenações no âmbito do processo coletivo perdem a sua eficácia, enfraquecendo a razão de ser das próprias ações coletivas. Além disso, a limitação dos convênios a serem celebrados anualmente também prejudica a abertura do Fundo às entidades civis, que se sentem desestimuladas a elaborar projetos, bem como habilitá-los em processos seletivos nos quais poucos vão ser verdadeiramente financiados e postos em prática.

Por fim, verifica-se que uma das grandes dificuldades do FDD, além das citadas, é a sua autonomia frente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, principalmente no que diz respeito à gestão orçamentária. Por mais que a

vinculação administrativa do Fundo se dê obrigatoriamente em razão do referido Ministério, é de fundamental importância que a sua atuação seja feita de maneira independente, a fim de cumprir os objetivos estabelecidos pela Lei nº 9.008/95.

REFERÊNCIAS

BEDINELLI, Talita. “Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia de Mariana”. El País - Brasil. São Paulo: 9 de agosto de 2017. Disponível em: <brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html> Acesso em: 25 de maio de 2018

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. Cognitio Juris, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html>. Acesso em: 29 de Maio de 2018

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Direito Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2015

VASCONCELLOS, Marcos. Cofre Paralelo: Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa. Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa> Acesso em: 26 de maio de 2018

Secretaria Nacional do Consumidor. Relatório de Gestão do Exercício de 2016. Brasília: Maio de 2017. p. 37. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/relatorio-de-gestao-do-exercicio-de-2016.pdf/view> Acesso em: 28 de maio de 2018

Ministério da Justiça. Direitos Difusos. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos> Acesso em: 18 de maio de 2018.

Ministério da Justiça. Seleção de Projetos 2015. Disponível em: <[ww.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2015](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2015)> Acesso em: 24 de maio de 2018.

Ministério da Justiça. Projetos Conveniados. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/projetos-conveniados> Acesso em: 24 de maio de 2018

O DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO PENAL E O NOVO CONCEITO DE CONTRADITÓRIO TRAZIDO PELO CPC/15 COMO TENTATIVA DE CONTENÇÃO DE DECISÕES PENAIS SURPRESA QUANDO DA APLICAÇÃO DA EMENDATIO LIBELLI

The Dialogue Between The Criminal Process And The New Concept of Contradictory Brought By Cpc / 15 As An Attempt To Contain Surprise Penal Decisions When The Application of Emendatio Libelli

Glenio Puziol Giuberti

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM em conjunto com o Departamento de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Membro do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Membro do ICCEP – Instituto Capixaba de Estudos Penais e Criminologia
Advogado

RESUMO: O artigo analisa a nova roupagem conferida ao princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil (NCPC), entendido como direito de participação e influência na decisão jurisdicional final, bem como a proibição da chamada decisão surpresa. A temática será desenvolvida a partir da aceitação da adoção de uma Teoria Geral do Processo pautada em princípios e garantias constitucionais fundamentais a todos os tipos de processo, ou seja, baseada na construção de conceitos comuns aos vários ramos do direito processual, para, a partir daí, demonstrar-se a necessidade de que o conceito de contraditório trazido pelo Novo Código de Processo Civil seja empregado também no processo penal, garantindo um contraditório substancial, evitando-se, desse modo, decisões penais surpresa, através da problemática na aplicação do instituto processual penal da emendatio libelli.

ABSTRACT: The article analyzes the new concept conferred on the principle of adversarial in the New Code of Civil Procedure, understood as right of participation and influence in the final judicial decision, as well as the prohibition of the surprise decision. The thematic will be developed from the acceptance of the adoption of a General Theory of Procedure based on principles and constitutional guarantees fundamental to all types of process, that is, based on the construction of concepts common to the various branches of procedural law, to, from hence, it is necessary to demonstrate the need for the concept of adversary brought by the New Code of Civil Procedure to be used also in criminal procedures, guaranteeing a substantial contradictory, thus avoiding criminal decisions by surprise, through the problems in the application of the institute criminal proceedings of the *emendatio libelli*.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto de evolução do estudo do processo no Brasil, para que o Processo Penal atenda, verdadeiramente, ao caráter substancial trazido pelo constituinte em 1988 e agora, expressamente, no Novo Código de Processo Civil (NCPC), em relação ao princípio do contraditório, entendido como direito de influência e de não surpresa no provimento final, imperioso que se faça uma adequação do Código de Processo Penal (CPP) a esta nova conceituação. Por isso, propõe-se um estudo a partir de uma releitura da possibilidade de mudança na definição jurídica do fato no processo penal e, assim, de seu objeto pelo magistrado no momento da sentença sem oportunizar a manifestação das partes, instituto denominado *emendatio libelli*, artigo 383 do Código de Processo Penal.

A necessidade de readequação do instituto da *emendatio libelli* resulta de diversos fatores, dentre eles, a busca por unidade e coerência no ordenamento jurídico pátrio em relação ao devido processo legal constitucional, ante o reconhecimento de uma Teoria Geral do Processo, respeitando-se, entretanto, as particularidades de cada ramo do direito processual.

Esta discussão tem sido pontuada quando das tratativas acerca do novo Código de Processo Penal e nos estudos sobre as influências do NCPC, Lei 13.105/15 sobre a codificação processual penal pátria, sendo, por isso, relevante a temática ora proposta, até porque, tratando-se de controvérsia em voga nos dias de hoje, permite-se uma vasta possibilidade de pesquisa e contribuição acerca do aprimoramento do processo penal em sua conformidade constitucional.

Desse modo, visa-se à abordagem da *emendatio libelli*, sob o enfoque dado ao princípio do contraditório trazido pelo CPC/15, como forma de evitar decisão penal surpresa em razão da nova definição jurídica do fato processual penal pelo juiz no momento da sentença.

A partir daí, serão estudados princípios correlatos ao contraditório e que também influenciam o magistrado no momento da decisão, principalmente o da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, atentando-se ao diálogo entre as teses expressas pelas partes e o juiz no momento do provimento final, e, bem assim, da interação entre a nova codificação processual civil e o processo penal, justamente como forma de se evitar um provimento jurisdicional dissociado do diálogo entre todos os envolvidos na relação processual.

2. A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO QUE TENHA COMO VETOR A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO CONCEITO JURÍDICO PROCESSUAL FUNDAMENTAL

Inicialmente, insta registrar que parte considerável da doutrina processual penal rechaça por completo a chamada Teoria Geral do Processo, na medida em que o processo penal teria âmbito mais abrangente que o processo civil, em razão de sua ligação direta com a privação da liberdade de locomoção do indivíduo. Outro argumento é o da total impossibilidade de prestação jurisdicional fora do processo penal, em contraposição ao processo civil que tem a possibilidade de efetivação de negócios jurídicos extrajudicialmente.

A rejeição origina-se da tese de que a Teoria Geral do Processo é, na verdade, gerada e pensada no âmbito do processo civil e transplantada de maneira errônea ao processo penal. Sobre o tema, Aury Lopes Jr., criticando a adoção de uma Teoria Geral do Processo aplicada ao processo penal, aduz que:

[...] o problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável.¹

¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

O mesmo autor cita ainda as críticas de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no sentido de que a “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”.²

Na verdade, não se discorda que certas categorias processuais civis não se encaixam no processo penal, porém, estas incompatibilidades de categorias, tais como o conceito de lide ou a teoria das nulidades processuais, não serão abordadas no presente estudo.

Noutro contexto, a Teoria Geral do Processo é entendida como método do estudo de princípios gerais aplicados a todos os tipos de processo, respeitando-se, logicamente, a particularidade de cada um deles, nos termos do que defendem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na clássica obra “Teoria Geral do Processo”, quando esclarecem o seguinte:

O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.³

Os mesmos autores não desconhecem as particularidades do processo penal, mormente sua faceta de controle do jus puniendi estatal:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Guardadas as devidas divergências, e aceitando que o direito processual penal é diferente do direito processual civil, pois ambos apresentam categorias jurídicas distintas, certo é que todo o direito processual retira validade direta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), havendo um corpo de normas que efetivam direitos e garantias fundamentais de proteção ao cidadão e que fixam os parâmetros do devido processo legal constitucional, principalmente no controle dos atos perpetrados pelo Estado, aqui corporificado pelo Estado-Juiz quando da prestação jurisdicional no processo penal.

² IBIDEM, p. 83.

³ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

O princípio do contraditório compõe um arcabouço de princípios gerais aplicáveis a todos os ramos de processos, sendo, portanto, objeto de estudo da Teoria Geral do Processo, de modo a permitir, como norma geral de processo, a análise da possível e recomendável interação entre o processo penal e o novo código de processo civil.

Neste ponto, importa fazer uma relevante distinção trazida pelo professor Fredie Didier Júnior em sua obra intitulada “Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida”, ocasião em que discorre sobre a distinção entre Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual. Afirma o referido autor que:

A Teoria Geral do Processo é linguagem epistemológica sobre a linguagem jurídico-dogmática; é linguagem sobre linguagem. Trata-se de conjunto de enunciados doutrinários, não normativos, produzidos da atividade científica ou filosófica. A ciência do processo cuida examinar, dogmaticamente, o Direito Processual, formulando diretrizes, apresentando fundamentos e oferecendo subsídios para as adequadas compreensão e aplicação das suas normas.⁴

Em razão desta distinção, para além de considerar o contraditório um princípio geral de processo, numa perspectiva mais abrangente, procura-se definir um conceito de contraditório que traga as balizas para sua aplicação a qualquer tipo de processo, ou seja, para que o contraditório seja um conceito jurídico fundamental processual componente da Teoria Geral do Processo. Isso porque, conforme esclarece Fredie Didier Jr:

f) A Teoria Geral do Processo, por ser linguagem doutrinária, não se confunde com o Direito Processual Unitário ou o Direito Processual Fundamental ou com a Parte Geral de determinado estatuto normativo, que são enunciados prescritivos produzidos por quem tenha competência legislativa.

g) A Teoria Geral do Processo não se confunde com as Teorias Individuais ou Particulares do Processo, que são construções doutrinárias elaboradas para a compreensão de determinado Direito positivo ou de um grupo de ordenamentos jurídicos, respectivamente.⁵

Verifica-se, então, que a adoção de uma Teoria Geral do Processo não se confunde com as normas próprias de cada estatuto processual, seja o Código de Processo Civil ou o Código de Processo Penal, visto que “convém adjetivá-la como ‘geral’ exatamente para que possa ser distinguida das teorias individuais do processo, que têm pretensão de servir à compreensão de determinadas realidades normativas ”.⁶

⁴ FREDIE, Didier Júnior. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 69.

⁵ IBIDEM, p. 145.

⁶ IBIDEM, p. 60.

Por isso, não será discutido o conceito de *emendatio libelli*, instituto próprio do direito processual penal, nem haverá análise dos artigos 9º e 10º do NCPC, mas, de outra forma, o que se quer demonstrar são os motivos que levam à necessidade da readequação na aplicação do instituto processual penal estudado, conforme um conceito de contraditório que influencie na construção da decisão judicial. Aliás, o estudo do que é decisão judicial, bem como a sua necessária construção, são objetos da Teoria Geral do Processo. Neste sentido, o seguinte exemplo:

O conceito de sentença é jurídico-positivo (art. 162, §1º, CPC brasileiro). É espécie de decisão judicial. Para que se possa definir o que seja uma sentença, é necessário saber o que é um ato decisório; só assim será possível distingui-la de um ato não decisório. Decisão é conceito jurídico fundamental processual.⁷

Não obstante o que foi dito, mesmo pela perspectiva da ciência do direito processual em relação aos dispositivos legais do Novo Código de Processo Civil que expressam a nova roupagem à garantia do contraditório, em outras palavras, no âmbito da dogmática processual, o artigo 3º do Código de Processual Penal autoriza a aplicação subsidiária de normas estranhas ao CPP que não conflitem com suas peculiaridades, bem como não colidam com princípios e garantias constitucionais ligadas ao direito processual, exatamente como no caso dos dispositivos referentes ao princípio do contraditório positivados no NCPC. Muito bem ilustra esta possibilidade o pensamento de Hermes Zaneti Júnior ao dizer que:

[...] a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conceito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC... Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação.⁸

⁷ IBIDEM, p.110.

⁸ ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460.

Para além da construção de conceitos fundamentais ao processo, este verdadeiro diálogo das fontes é importante, pois nenhuma disciplina processual é estanque, devendo-se estudar a jurisdição sob a luz daquilo que é comum a todos os ramos de processo, já que:

[...] guardadas as diferenças de objeto que podem ter os diferentes ramos do processo, tem-se, cada vez mais, para se explicar a natureza, espécies e caracteres do processo, se propugnado por uma Teoria Geral do Processo. Dessa forma, considerando a unidade da ciência processual, tal disciplina vem discutir os princípios gerais do Processo que são aplicáveis, em comum, a seus vários ramos.⁹

Ademais, o NCPC é o único código processual brasileiro discutido e gerado integralmente sob o regime democrático, sendo, também por tal motivo, desejável que seus dispositivos ligados a uma nova compreensão conceitual acerca de princípios e garantias constitucionais sejam levados a outros ramos de processo, cujo conceito é “o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo (e, consequentemente, da Ciência do Processo)”.¹⁰

Por derradeiro, o que se tem é uma possibilidade e, até certo ponto, necessidade de determinação de um conceito de contraditório apto à aplicação a qualquer processo e que influencie na formação da decisão, sendo um conceito fundamental da Teoria Geral do Processo como continente e, dentro da ciência do direito processual, a possibilidade de interação das normas dos códigos que não interfiram nas particularidades de cada um deles.

Portanto, as particularidades do processo penal não impedem a adoção de uma Teoria Geral do Processo como forma de efetivação de direitos e garantias fundamentais, tais como a garantia do contraditório, princípio que delimita a atuação das partes, incluindo o magistrado, na construção da decisão final, motivo pelo qual, postos os pressupostos teóricos que sustentam o presente artigo, mais especificamente, a adoção de uma Teoria Geral do Processo, resta discorrer acerca da tentativa de contenção de decisões penais surpresa sob o enfoque do novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15.

2.1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO REFERÊNCIA CENTRAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL

⁹ POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.36.

¹⁰ FREDIE, Didier Júnior. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 61.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio do devido processo legal, inserido no artigo 5º, LIV, ganha maior relevância dentro do ordenamento jurídico pátrio, visto que atrela ao processo a necessidade de observância das garantias fundamentais por ela trazida, “sendo, pois, uma verdadeira garantia de que haverá um *devido processo constitucional*”.¹¹

Por isso, justamente por ligar-se intimamente a formação da decisão judicial, o princípio do contraditório, expresso no artigo 5º, inciso LV da CRFB/88, assume protagonismo central no direito processual brasileiro, passando o processo a ser concebido, nos termos da expressão cunhada por Elio Fazzalari, citado por Alexandre Freitas Câmara¹², como “procedimento em contraditório”, ou seja, “o princípio do contraditório é elemento integrante do próprio conceito de processo e, portanto, onde não houver contraditório não haverá verdadeiro processo, mas mero *procedimento*”.¹³

E como elemento do conceito de processo, torna-se objeto de estudo da Teoria Geral do Processo, pois, como demonstrado no tópico acima, o conceito de processo é o conceito primário da Teoria Geral do Processo.

Para que se tenha um verdadeiro processo jurisdicional, deve-se conferir às partes, portanto, o direito de debater suas teses e de que tais teses sejam levadas em consideração no provimento final. É o que ensina Aury Lopes Jr., ao aduzir que:

Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (decisões as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas.¹⁴

Imperioso verificar que mesmo um autor do processo penal que não é adepto à Teoria Geral do Processo, no caso, Aury Lopes Jr., concorda com o conteúdo mínimo a que o contraditório deva garantir, ou seja, a imposição do

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015, p. 18.

¹² IBIDEM, p. 29.

¹³ IBIDEM, p. 29.

¹⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

diálogo entre as partes e que este diálogo possa influenciar a decisão final, o que torna o conceito de contraditório, nesta roupagem, conceito fundamental de alçada da Teoria Geral do Processo, por estabelecer um conteúdo essencial a ser observado pelas partes e pelo juiz durante o rito procedimental.

Até mesmo a doutrina estrangeira reconhece a necessidade de que o julgador decida conforme o debate das partes, expondo que as informações essenciais que formam a convicção do julgador no momento da decisão são aquelas advindas da contraposição de teses pelas partes, o que demonstra ainda mais a noção de generalidade conferida ao contraditório substancial, nos seguintes termos:

Accordingly, the pure conflict-solving style has no room for procedural arrangements that exposes the decision maker to material that has not previously been structured by party interaction and then refined by party contest. The only substantive information he may receive is channeled to him by the litigants and filtered by their debate.¹⁵

Com efeito, a necessidade de que o julgador oportunize as partes a manifestação e as leve em consideração decorre, além do princípio do contraditório, de outros princípios fundamentais ao processo, tais como o princípio da ampla defesa e, principalmente, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, exposto no artigo 93, IX da CRFB/88, na medida em que uma decisão que não leva em consideração os argumentos das partes configura-se como arbitrária, pois pensada e externada exclusivamente de acordo com a vontade do julgador, ignorando-se o diálogo entre as partes.

Uma concepção mais moderna de processo, tratado como aquele voltado à pacificação social e a garantia do Estado Democrático de Direito, não mais tolera violação a tais princípios constitucionais, visto que, hodiernamente, os esforços dos operadores do direito voltam-se para a concretização desses direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição da República brasileira de 1988. Em outras palavras:

[...] se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual, as armas se voltam para outro alvo: concretizar o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição.¹⁶

¹⁵ DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. Yale University Press, 1986, p. 136.

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

Nessa perspectiva, nos termos do que defende o professor Hermes Zaneti Júnior em sua obra “A Constitucionalização do Processo”, ao tecer comentários acerca do contraditório no processo civil, ainda antes da Lei 13.105/15, o citado princípio é visto como “valor-fonte” do processo constitucional, nos seguintes termos:

Nesse novo modelo constitucional do processo civil, o contraditório se revela “valor-fonte” do direito processual democrático. As características e particularidades desse contraditório renovado apresenta-se como: a participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do mesmo; a simétrica paridade da sua posição frente ao iter procedimental (posição de cooperação e lealdade com os demais “atores” processuais); a mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover, impedir ou modificar a emanção do provimento); a relevância da participação das partes para o autor do provimento (nos processos jurisdicionais: o Estado-juiz), de modo que cada um dos contraditores possa exercer um conjunto de escolhas, de reações e de controles, e deva considerar as reações dos outros¹⁷.

Desse modo, enxergando-se o contraditório como princípio fundamental já incorporado e entendido como pilar do devido processo legal constitucional e integrante do conceito de processo, deve-se primar pela sua efetivação de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, principalmente, como forma de evitar que as partes sejam surpreendidas com argumentos acerca dos quais não tiveram oportunidade de manifestação.

2.2. AS LEGISLAÇÕES PROCESSUAIS BRASILEIRAS E O ASPECTO FORMAL DO CONTRADITÓRIO ATÉ O ADVENTO DO CPC/2015

Apesar da vinculação expressa no artigo 5º, LV da CRFB/88, nas legislações processuais brasileiras, até o advento do CPC/2015, nunca houve uma substancial observância do princípio do contraditório. Isso porque, são legislações originadas anteriormente à promulgação da Carta constitucional de 1988, revelando a carga axiológica do período em que foram concebidas.

Dito de outra forma, o contraditório sempre foi compreendido muito mais em seu aspecto formal, ou seja, aquele de mera possibilidade de participação no processo.

¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 246.

Isso decorre de um contexto em que “o positivismo do século XIX e da primeira metade do século XX esvaziou o contraditório, que não era considerado um direito básico do direito processual, restringindo-se a alguns poucos procedimentos¹⁸”. Tem-se como exemplo, a codificação processual civil anterior ao novo diploma de 2015, que entrou em vigor no ano de 1974, época marcada pela influência do governo militar no Brasil.

Acerca da época de idealização e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, Rodrigo Mazzei esclarece que uma concepção de processo mais voltada à pacificação social e à proteção de direitos fundamentais parecia distante em razão do Estado de Exceção instalado no Brasil, nos seguintes termos:

No entanto, no Brasil tal missão parecia impossível, eis que como se poderia imaginar que num Estado de Exceção fosse debatido o processo civil para a garantia de direitos fundamentais? Assim, durante o período da Ditadura alguns assuntos do processo civil em debate internacional eram praticamente inóspitos aqui no Brasil¹⁹.

No cenário mundial, verifica-se que “determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária”.²⁰

De igual modo, o Código de Processo Penal, ainda em vigor no Brasil, datado da década de 1940, carrega as influências das legislações de Estados que se encontravam em períodos totalitários, tais como a própria Alemanha e a Itália. Marcellus Polastri Lima revela ser esse, inclusive, “o grande problema do Brasil, onde temos um Código de Processo Penal (CPP) proveniente de um regime autoritário da década de 40 em confronto com uma Constituição democrática de fins da década de 80”.²¹

Nesse contexto antidemocrático, algumas garantias processuais foram suprimidas ou, quando não as foram, a aplicação das garantias que porventura perduravam se dava de maneira meramente protocolar, forçando, por tal razão,

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. Dicionário de princípios jurídicos. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011, p. 193.

¹⁹ MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 35-63, p. 196.

²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007, v.1, p. 151-174, p. 158.

²¹ POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

diversas emendas nos códigos de Processo Civil de 1973 e Processo Penal na tentativa de adequação do direito processual à Constituição de 1988, fenômeno denominado de “Constitucionalização do Processo”, ocorrido no mundo todo e mais tardiamente no Brasil, justamente após 1988.

A constitucionalização do processo no Brasil se deu pela inclusão expressa no texto constitucional de princípios garantidores do direito processual, passando pelo princípio do contraditório a noção de processo democrático, como bem sinaliza Hermes Zaneti Júnior:

A Constituição Federal de 1988, ao incluir em seu texto diversos princípios de direito processual que não estavam anteriormente expressos (v.g. devido processo legal) ou que tinham âmbito mais limitado (v.g. contraditório), assumiu expressamente essa postura garantista. É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a “máxima da cooperação” (kooperationsmaxima)²².

Não há dúvidas de que a noção de contraditório relaciona-se intimamente à de processo, o que corrobora que o estudo acerca do conteúdo do citado princípio é matéria de abrangência da Teoria Geral do Processo.

Apesar dessa posição garantista adotada pelo constituinte em 1988, incluindo as várias reformas processuais, o contraditório continuou com observância e aplicação restrita a seu aspecto formal, desconsiderando-se o poder de influência do debate das partes no provimento final. Era a simples ideia de ação e reação.

Da concepção estritamente formal do contraditório resulta o problema da não vinculação dos argumentos das partes pelo juiz na decisão, como bem explica Antônio Passo Cabral ao comentar a nova codificação processual:

Sem embargo, se o princípio se resumisse ao direito de expressão e não representasse o direito de influir nas decisões, não haveria um dever de atenção do juiz que ao contraditório estivesse ligado. O julgador atenderia ao princípio do contraditório simplesmente permitindo a manifestação e motivando a decisão, em nada o violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados e os afastasse por reputá-los infundados²³.

²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

²³ CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. Dicionário de princípios jurídicos. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011, p. 200.

Ocorre que, a tradição jurídica brasileira é a de aceitação do problema de ausência de representatividade da parte no provimento final, chegando ao ponto de ser aceito pelas Cortes de Justiça pátrias, inclusive pelos Tribunais Superiores, a desnecessidade de vinculação dos argumentos postos na decisão e o debate das partes, o que influencia no reforço dessa perspectiva formal do contraditório, conforme denunciam Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes, ao comentarem a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), já no ano de 2009, acerca da aplicação do princípio do contraditório, esclarecendo que:

Não se percebe, nesse discurso jurisprudencial do STF, realmente, que o contraditório, na alta modernidade, constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e proporcionando a criação de um direito legítimo²⁴.

Em razão da necessidade de superação dessa concepção ultrapassada e visando garantir maior efetividade e coerência ao processo entendido como “procedimento em contraditório”²⁵, o legislador estabeleceu dispositivos expressos no Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/15, que impõe que o julgador oportunize as partes direito de manifestação, mesmo sobre questões que possa decidir de ofício, conforme se verifica nos *artigos 9º e 10º da codificação processual civil de 2015*. Trazem os respectivos dispositivos, o seguinte:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.²⁶

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, nº 168. p. 107-141. 2009, p. 136.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol. I. ano I. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015, p. 29.

²⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. On line. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: nov 2017.

Ocorre, na verdade, uma quebra de paradigma em relação ao entendimento do real alcance do princípio do contraditório, em outras palavras, de seu conceito, como forma de evitar as chamadas decisões surpresa, ou seja, aquelas decisões com fundamento dos quais as partes não puderam se manifestar. A ampliação da noção de contraditório foi uma das principais mudanças perpetradas pelo NCPC, nos termos do que afirma Cláudio Madureira:

3.1 A ampliação da noção de contraditório

Um processo adequado é aquele que induz a aceitabilidade da decisão pelos contentores. Mas isso só será possível quanto (sic) a decisão proferida pelo julgador tiver em consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo²⁷.

Assim, a noção de contraditório reforçada pelo Novo Código de Processo Civil garante a racionalidade da decisão, na medida em que impõe a exposição dos argumentos debatidos pelas partes e a consideração daqueles no provimento final, superando a mera vedação de decisão inaudita altera pars “própria de uma estrutura procedimental dirigida a uma espécie de formação unilateral de provimentos judiciais”.²⁸ Por tais razões, deve-se aplicar o conceito de contraditório substancial dos artigos 9 e 10 do NCPC a outras searas de processo, dentre elas, o direito processual penal, conforme se passa a demonstrar.

3. A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NA APLICAÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI*: DA INFLUÊNCIA DAS PARTES NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FORMA DE EVITAR A DECISÃO SURPRESA EM PROCESSO PENAL

Conforme exposto no tópico anterior, apesar de a CRFB/88 trazer expressamente em seu artigo 5º, LV a necessidade de observância do princípio do contraditório, foi somente com a entrada em vigor do NCPC que o citado princípio ganhou relevância de eixo central no ordenamento processual jurídico brasileiro.

²⁷ MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109.

²⁸ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p. 163/164.

Ocorre que, diferentemente do processo civil, o processo penal ainda carrega traços inquisitoriais inaceitáveis nos dias de hoje, transmitindo toda a carga axiológica da época de sua criação, não contendo um dispositivo sequer que imponha um contraditório efetivo no processo, havendo, quando muito, dispositivos que reforçam o direito de informação e reação, tais como a citação do acusado e a intimação das partes, por exemplo.²⁹

Nesse contexto, existe, ainda, no CPP a possibilidade de o julgador decidir sobre tese a qual as partes sequer tiveram oportunidade de manifestação e de contraposição de argumentos. É exatamente o caso do artigo 383 do CPP, no instituto da *emendatio libelli*, no qual se permite ao juiz a redefinição da tipificação do delito na sentença sem a necessidade de oportunizar as partes a manifestação.

O citado imbróglio não reside na possibilidade, ou não, de redefinição jurídica do fato, mas na ausência de intimação das partes para manifestação acerca dessa nova tipificação, mormente na hipótese de ser aplicada pena mais gravosa ao réu, no momento da sentença.

Acerca do tema, Gustavo Henrique Badaró defende a exigência de manifestação das partes mesmo sobre a questão de direito, ou seja, em relação ao novo tipo penal escolhido, justamente, como forma de evitar a surpresa, nos seguintes termos:

A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pelas partes uma outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito. Todavia, para assim agir, deve “fazer observar e observar ele mesmo o contraditório”, permitindo que as partes se manifestem sobre a norma a ser aplicada ou sobre a questão iuris. Deve-se procurar evitar a surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida.³⁰

A possibilidade de modificação da tipificação sem a necessidade de oportunizar a manifestação das partes advém da aplicação dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, os quais proclamam que o juiz conhece o direito, bastando as partes fornecer-lhe os fatos. Entretanto, nos termos do que aduz Alexandre Freitas Câmara, admitir que o magistrado conheça o direito, não permite a desconsideração da efetiva observância do contraditório:

²⁹ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 20.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

O contraditório compreendido como garantia de não surpresa é incompatível com o modo como sempre se interpretou a máxima iura novit curia, por força da qual sempre se afirmou que é o órgão jurisdicional que conhece o direito (e que levava, inexoravelmente, a outra máxima: da mihi factum, dabo tidi ius – dá-me os fatos que te darei o direito-, por força da qual sempre se considerou que cabia às partes tão somente narrar os fatos, sendo incumbência do juiz aplicar o direito aos fatos demonstrados no processo). O princípio do contraditório exige que, não obstante o conhecimento que tenha o juiz acerca do direito – e se reconhecendo que pode ele suscitar fundamentos jurídicos que as partes não tenham apresentado -, tem ele o dever de submeter tais fundamentos ao debate antes de neles se apoiar para proferir uma decisão.³¹

Desse modo, em uma perspectiva substancial, a norma do artigo 383 do CPP viola o princípio do contraditório, necessitando, por conta disso, de uma readequação que poderá ser feita a luz do novo Código de Processo Civil, com fundamento no estudo acerca da nova roupagem lhe dada e de seus desdobramentos, visto que o referido princípio “jamais poderá ser remetido à apreciação discricionária do juiz nem a mera iniciativa dos interessados, mas, deve ser normativamente garantido de modo a possibilitar a interlocução em todo o espaço processual ”.³²

No processo penal de viés acusatório³³, esta interlocução no espaço processual revela-se nos limites definidos pela acusação na denúncia, ou seja, são os fatos narrados e qualificados juridicamente na denúncia que definem o objeto acerca dos quais as partes debaterão e formarão a prova, fixando-se ainda os pontos sobre os quais a defesa deverá se contrapor, como forma de vincular a decisão do juiz a esses limites traçados pela acusação e pela defesa no desenrolar do processo, sendo certo que a mudança na tipificação ou, de outro modo, na qualificação jurídica dos fatos narrados na inicial acusatória, é também uma mudança no objeto do processo penal. Sobre isso:

Sendo a imputação a atribuição de um fato definido como crime a alguém, traz ela em seu conteúdo tanto uma base fática quanto um dado jurídico. Há um fato concreto qualificado juridicamente. Há um acontecimento da vida enquadrada num tipo penal. O objeto do processo será o fato penalmente relevante que se atribui a alguém. O objeto do processo, portanto, envolve matéria fática e matéria jurídica.³⁴

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015, p.31.

³² NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007, v.1, p. 151-174, p. 165.

³³ Sistema acusatório de processo penal é aqui entendido como aquele em que o réu é sujeito de direitos e a tarefa de acusar e julgar são bem definidas, em contraposição a noção de parte como mero objeto do processo e a concentração da tarefa de acusar e julgar concentradas no mesmo sujeito, características típicas do sistema inquisitório de processo penal.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141 – grifo nosso.

O tema da readequação da *emendatio libelli* foi posto ao debate pela Comissão Especial que pauta as tratativas acerca da promulgação do Novo Código de Processo Penal, oportunidade em que, na data de 29/11/2016, o professor da Universidade Federal da Bahia, Fabiano Cavalcante Pimentel, foi categórico ao afirmar que a mudança do tipo é também uma mudança na acusação e que a não manifestação das partes acerca da matéria eminentemente de direito, configura a surpresa quando da mudança do tipo penal proposto sem a manifestação das partes antes da sentença, *in verbis*:

Nesta análise, parte-se então do pressuposto de que o réu se defende dos fatos e, em havendo uma mudança fática, haveria, sim, a necessidade de contraditório, de ampla defesa, de oitiva da defesa antes do julgamento de mérito, o que não acontece efetivamente na *emendatio libelli*.

Então, o sistema atual, que é mantido no projeto de lei, define que o réu se defende dos fatos e, se os fatos permanecerem inalterados, pode o julgador, ainda que aplicando pena mais gravosa, sem oitiva da defesa, determinar então uma condenação, que, sem, dúvida nenhuma trará grandes prejuízos ao réu.

Esse é um ponto muito grave, Sr. Presidente, e eu peço a atenção dos Srs. Deputados e Sras. Deputadas, porque não se pode dizer hoje em dia que o réu se defende apenas dos fatos. Quantas teses são trazidas de atipicidade, de análise do enquadramento típico?

[...]

Mudança do tipo é também uma mudança da acusação. [...] E o réu é surpreendido, ao final do processo, com um novo tipo penal de que ele em momento nenhum se defendeu durante o processo.³⁵

Ato contínuo, o referido professor cita a proposta do jurista Lênio Streck, para inclusão do Princípio da não surpresa, nos mesmos moldes do NCP, ao Novo Código de Processo Penal debatido, nos seguintes termos:

O Prof. Lênio tocou num ponto extremamente relevante. Esta é uma proposta do Prof. Lênio: incluir o princípio da não surpresa do Código de Processo Civil no Código de Processo Penal. Esse artigo tem total relevância, em relação à *emendatio libelli*, porque, se o juiz não pode decidir, conforme norma do CPC, em grau algum de jurisdição, nem na primeira nem na segunda instância, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes – art. 10 do novo CPC – oportunidade de se manifestar e se esse artigo, que já está no nosso ordenamento jurídico, segundo a proposta do Prof. Lênio, que eu subscrevo, deve fazer parte do novo Código de Processo Penal, o juiz não pode surpreender, ao final da instrução, no apagar das luzes do processo penal, com uma sentença sobre um tipo penal de que o réu jamais se defendeu.³⁶

³⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/notas-taquigraficas/NotaTaq29112016.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

³⁶ IDEM.

Por certo é que o julgador não poderia decidir fora dos limites do objeto do processo penal, ou seja, da argumentação da acusação e da defesa, sem oportunizar a manifestação nos autos, visto que “o âmbito das decisões surpresa possui interesse especialmente para as questões jurídicas, das quais o juiz poderá conhecer de ofício”.³⁷

Em outras palavras, pode o magistrado analisar fatos e questões jurídicas de ofício, ou seja, sem a provocação das partes, mas “o órgão jurisdicional não pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem”.³⁸

Também no processo civil não pode o juiz decidir sobre questão de direito não debatida pelas partes, conforme ilustra o professor Fredie Didier Júnior, com o seguinte exemplo prático:

Há um velho brocardo iura novit curia (do direito cuida a corte). Há, ainda, outro da mihi factum dabo tibi ius (dá-me os fatos, que eu te darei o direito). Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplica ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: “essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda”. O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes.³⁹

Desse modo, como no processo penal os elementos jurídicos referentes ao tipo penal também compõem a pretensão acusatória e, portanto, o objeto do processo penal, imperioso que o magistrado oportunize as partes a manifestação também acerca da redefinição do tipo penal, como forma de efetivar o princípio do contraditório substancial e, bem assim, legitimar a decisão ao levar em conta os argumentos expostos pelas partes, principalmente porque, “diante da fragilidade democrática de mera informação e possibilidade de atuação, a regra do contraditório deve ser vista como método de conhecimento e regra de formação da prova penal e de coprodução da decisão”.⁴⁰

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, nº 168. p. 107-141. 2009, p. 129.

³⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 81.

³⁹ IDEM, p. 81.

⁴⁰ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 33.

Dessa discussão acerca dos novos contornos dados ao contraditório, ganha relevo a necessidade de interação entre as partes e o juiz na formação da decisão, característica fundante da noção de contraditório substancial e que deve ser transportada para o processo penal.

A necessidade de que o julgador leve em consideração as teses levantadas pelas partes na prolação da decisão final, abrindo possibilidade de manifestação também acerca das teses de direito, no presente caso, da redefinição do fato subsumido à norma penal, além de evitar a surpresa, demonstra que a decisão foi construída no debate pelas partes e não decorre meramente da subjetividade do juiz, ou seja, “é necessário que a resposta apresentada para o caso permita à sociedade democrática conhecer os motivos que levaram o tribunal àquela interpretação e não outras.”⁴¹

Esta influência exercida pelas partes é fundamental na vinculação do juízo decisório ao que foi construído em debate durante o processo, inclusive como forma de demonstrar a falsa dicotomia entre matéria de fato e matéria de direito, que, muitas vezes, faz com que o julgador decida arbitrariamente à revelia das partes, visto que:

As partes escolhem os fatos, mas é o juiz que determina sua relevância para a solução do litígio; essa escolha é arbitrária e não automática, não decorrendo simplesmente da natureza das coisas. Assim, as partes devem poder influenciar nessa decisão (na opção por um ou outro fato), e essa complexidade, inerente ao direito, revela que, além de impossível a cisão simplista entre questões de fato e questões de direito, a lógica demonstrativa, indutiva ou dedutiva, não retira o caráter argumentativo da prova (que é o modelo mínimo de raciocínio em juízo). Todo o raciocínio judicial deve ser, *ultima ratio*, controlado pela “vinculação ao problema” e pela “aporia fundamental” da decisão justa. Também as partes participam dessa identificação. Também o juiz está sujeito ao debate. As cadeias de raciocínio fundamentadas na lógica demonstrativa (indutiva ou dedutiva) são válidas enquanto não tomarem distância dessa realidade.⁴²

É nesse contexto que se entrelaçam o princípio do contraditório e o da necessidade de fundamentação das decisões, que no NCPC, em seu artigo 489, §1º, traz as balizas para que se reconheça uma decisão fundamentada, ou, a contrário sensu, para que se identifique quando a decisão não está devidamente fundamentada, nos seguintes termos:

⁴¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e argumentação*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 93.

⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 245.

§ 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.⁴³

Com efeito, no inciso IV do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil encontra-se a pedra de toque entre a interação do princípio do contraditório substancial e o da necessidade de fundamentação das decisões, na medida em que impõe que para a formação da convicção do julgador, deve haver a exposição dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada quando da prolação do provimento final.

Ainda acerca desta interação entre princípios, ensinam Lênio Luiz Streck e Igor Raatz que a concepção de contraditório como direito de influência somente tem relevância se observado o princípio da fundamentação das decisões, nos seguintes termos:

A compreensão do princípio do contraditório como verdadeiro direito de influência sementemrelevânciasecontrastadacomoprincípiodofundamentaçãodasdecisões. Nisso reside um dos pontos mais sensíveis do Novo Código, que, na contramão da prática judiciária brasileira, incorporou, no seu artigo 489, §1º, uma série de critérios para balizar o conceito de decisão fundamentada, dentre eles, a previsão do inciso IV do mencionado dispositivo, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”⁴⁴

O que se procura, na verdade, é garantir certa objetividade à decisão, expurgando, ou, tentando mitigar ao máximo, o não desejável “livre

⁴³ BRASIL. Código de Processo Civil. On line. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: nov 2017.

⁴⁴ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p 165.

convencimento motivado”, na medida em que, em um Estado Democrático de Direito, é preciso que a decisão retire validade naquilo que a comunidade jurídica construa como direito, evitando-se a arbitrariedade consubstanciada em escolhas ausentes de suporte em teses jurídicas construídas pelas partes ou reforçadas por outras decisões judiciais, principalmente, decisões dos tribunais superiores, que nada tenham em comum com o objeto discutido no caso concreto.

Lênio Streck e Igor Raatz ilustram com maestria o que se defende no presente artigo, ao enfatizar a figura do princípio do contraditório na formação da decisão e, por consequência, na necessidade de se evitar a surpresa, nos seguintes termos:

Com essa roupagem, o contraditório pode ser visualizado a partir de um duplo enfoque: sob um aspecto positivo, significa um verdadeiro direito de influir sobre a elaboração do provimento judicial; sob um aspecto negativo, constitui uma proibição às chamadas decisões surpresa, também conhecida como juízos de terceira via, ou seja, como um caminho diverso daquele desenvolvido pelas partes em contraditório. Nas duas facetas do contraditório, o que importa revelar é a posição ocupada pelo juiz, o qual passa também a ser sujeito do contraditório em franco diálogo com as partes.⁴⁵

Nessa perspectiva foi que o NCPC, Lei 13.105/15, suprimiu a expressão “livre convencimento motivado”, numa tentativa de que os tribunais passem a apreciar todos os argumentos das partes no momento da decisão, evitando-se decisões surpresa ou que advenham exclusivamente da subjetividade do julgador, ou seja, “o mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade”⁴⁶, conclusão esta que deve ser pautada pelas teses apresentadas pelas partes durante o iter procedimental, não limitando a atuação das partes a simples participação, na medida em que a “fundamentação das decisões é, também, uma espécie de resposta ao princípio do contraditório”.⁴⁷

Não é o que ocorre com a aplicação da *emendatio libelli* atualmente, visto que o juiz, ao redefinir a capitulação jurídica dos fatos narrados na denúncia, altera o objeto do processo penal, de modo que a decisão pautada nesta redefinição sem a manifestação das partes, principalmente da defesa que poderá ter a pena do réu aumentada, configura a decisão surpresa, em flagrante afronta ao contraditório em sua perspectiva substancial.

⁴⁵ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p 164.

⁴⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1073.

⁴⁷ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p 165.

Em razão disso, necessária a interação entre o NCPC, mais especificamente a aplicação de seus artigos 9 e 10 e a legislação processual penal pátria, delimitando a atuação do julgador às teses debatidas pelas partes e que influenciam na formação da decisão final, como forma de garantir um contraditório substancial também no processo penal, inclusive em relação às matérias de direito referentes ao tipo penal proposto, readequando-se, portanto, o instituto da *emendatio libelli*, artigo 383 do CPP e vedando-se a decisão surpresa no processo penal, reforçando o conceito de contraditório substancial como elemento da Teoria Geral do Processo.

4. CONCLUSÃO

Através da adoção de uma Teoria Geral do Processo que tenha como característica principal a efetivação dos direitos e garantias fundamentais constitucionais e, enquadrando-se o princípio do contraditório dentre estas garantias, estritamente ligado ao próprio conceito de processo, é possível e necessário o diálogo entre o NCPC e o Código de Processo Penal, como forma de superação das características inquisitórias advindas da época de sua promulgação.

Sendo o contraditório intrinsecamente ligado ao conceito de processo e sendo o processo conceito fundamental da Teoria Geral do Processo, a readequação do contraditório trazido pelo NCPC deve ser levado a todo tipo de processo, até, porque, como se viu, tanto a doutrina estrangeira quanto autores não adeptos à Teoria Geral do Processo concordam com o conteúdo do contraditório substancial.

Na verdade, mesmo após a promulgação da CRFB/88, as legislações processuais pátrias, inclusive o CPC/73, nunca observaram o princípio do contraditório em sua faceta substancial, mas, de outro modo, em seu aspecto formal, entendido como mera possibilidade de participação.

Em razão disso, o NCPC (Lei 13.105/15), em verdadeira quebra de paradigma, elevou o princípio do contraditório à posição central dentro do ordenamento jurídico processual pátrio, impondo ao julgador a observância das teses expressas pelas partes e capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão, deixando para trás a mera ação e reação e garantindo o direito de influência das partes na construção do provimento final, ou seja, garantindo um contraditório substancial durante o processo. Este novo conceito de contraditório tem especial

relevância na contenção das chamadas decisões surpresa, aquelas em que o julgador decide sobre teses às quais as partes não se manifestaram.

Diferentemente do NCPC, o CPP ainda contempla possibilidade de o juiz decidir sobre questões as quais as partes não tiveram oportunidade de manifestação, exatamente como no caso da *emendatio libelli*, artigo 383 do CPP, possibilidade amparada nos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*, que prescrevem que o juiz conhece o direito, bastando às partes narrar os fatos. Ocorre que, a matéria de direito, ou seja, do delito em abstrato, também compõe o objeto do processo penal, não podendo o juiz decidir fora dos limites delimitados pela acusação e pela matéria de defesa, haja vista a proibição de que o julgador decida sem oportunizar a manifestação das partes, ainda que se trate de questão a que possa decidir de ofício, nos termos do artigo 10 do NCPC.

Desse modo, o contraditório substancial passa a ser, na tentativa de contenção de decisão surpresa, um método de formação da decisão judicial, devendo o juiz apresentar seu convencimento com base nas teses expressas e debatidas pelas partes, conforme artigo 489, §1º do NCPC, sob pena de não se considerar fundamentada a decisão.

Nesse contexto, o conceito de contraditório substancial liga-se umbilicalmente à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, justamente como forma de impor que o julgador exteriorize seu convencimento com base nas teses debatidas entre as partes, evitando-se, então, a surpresa. Somente com uma motivação que leva em conta as teses expressamente trazidas pelas partes é que se pode controlar a racionalidade na decisão judicial, na medida em que a decisão deve pautar-se naquilo que a comunidade jurídica entende como direito e não somente no que o juiz entende pertinente ao caso concreto. A decisão deve ser construída pela participação e influência das partes, como forma de evitar que a decisão se pautem em elementos dos quais as partes não tiveram a oportunidade de manifestação, como ocorre no caso do artigo 383 do CPP hodiernamente.

Por todo o exposto é que o novo conceito de contraditório trazido pelo NCPC deve ser transplantado ao CPP, mais especificamente como forma de evitar a surpresa na hipótese de o juiz alterar a tipificação dos fatos na sentença sem a participação das partes, efetivando-se o caráter substancial do contraditório também no direito processual penal, reforçando-se este conceito na Teoria Geral do Processo.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. On line. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: nov 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. Dicionário de princípios jurídicos. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/notas-taquigraficas/NotaTaq29112016.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

DAMASKA, Mirjan R. The Faces of Justice and State Authority. Yale University Press, 1986.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015, v.1.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e argumentação. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, nº 168. p. 107-141. 2009.

RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A PROTEÇÃO DA IMAGEM NA ALEMANHA

The protection of the image in Germany

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). 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. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Pesquisador do grupo Direito e Desenvolvimento Público da Universidade de Araraquara (UNIARA). Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal. Foi Procurador do Banco Central do Brasil. Foi Defensor Público Federal. Foi Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Foi Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

RESUMO: O presente artigo analisa o surgimento e o desenvolvimento do direito à imagem na Alemanha. Estuda a situação antes e depois da Lei de 1907, a qual trouxe grandes alterações em relação à proteção da imagem. Trata do consentimento como princípio geral da Lei de 1907 e estuda as limitações à regra do consentimento. Analisa as mudanças ocorridas na defesa da imagem em virtude do reconhecimento do direito geral da personalidade e da possibilidade de aproveitamento econômico da imagem. Cuida do reconhecimento do direito à compensação por danos imateriais e sua função preventiva no que toca à proteção

da imagem. Por fim, estuda as recentes modificações provocadas na proteção da imagem na Alemanha pelas decisões do TEDH.

PALAVRAS-CHAVE: direito à imagem; direitos da personalidade; responsabilidade civil; Direito alemão; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article analyzes the emergence and development of the right to image in Germany. It studies the situation before and after the Law of 1907, which brought great changes in relation to the protection of the image. It indicates the consent as a general principle of the Law of 1907 and studies the limitations to the consent rule. The text discusses the changes occurred in the defense of the image due to the recognition of the general right of the personality and the possibility of economic exploitation of the image. It analyzes the recognition of the right to compensation for immaterial damages and its preventive function in relation to the protection of the image. Finally, it examines the recent changes in the protection of the image in Germany by the decisions of the ECtHR.

KEYWORDS: right to image; personality rights; civil liability; German law; European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O estudo do direito à imagem na Alemanha vai ter início na segunda metade do século XIX e foi impulsionado pelos desenvolvimentos técnicos associados à fotografia. Antes da existência da fotografia a tutela da imagem não tinha relevância jurídica, pois sua reprodução era bastante difícil e normalmente estava associada a obras de arte cujos artistas eram contratados pelas próprias pessoas que pretendiam ser retratadas.

Na medida em que a fotografia foi se aperfeiçoando, viu-se a necessidade da proteção da imagem, que na Alemanha pode ser dividida em três fases distintas. A primeira delas vai abarcar o surgimento da problemática na literatura e na jurisprudência, estendendo-se até a promulgação, em 9 de janeiro de 1907, da “Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia” (Kunsturhebergesetz - KUG). Em uma segunda etapa, temos os desenvolvimentos ocorridos após a promulgação da KUG, mas antes do reconhecimento do direito

geral da personalidade.¹ Por fim, em uma terceira etapa, a proteção da imagem terá seu âmbito de atuação ampliado pelo reconhecimento do direito geral da personalidade², bem como por influência da das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Desse modo, vê-se inicialmente o protagonismo da doutrina, que perdurou até o surgimento da KUG, quando houve a continuação dos avanços através da jurisprudência, que veio a completar paulatinamente as disposições legais. Nessa linha, os tribunais reconheceram o direito geral da personalidade e foram responsáveis por vários outros desenvolvimentos importantes, como é o caso do reconhecimento da ocorrência de danos imateriais. Mais recentemente podemos ainda apontar a influência na Alemanha das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

1. A LEGISLAÇÃO ALEMÃ DO SÉCULO XIX

Muita controvérsia existia na doutrina alemã do século XIX acerca do direito à imagem, o que foi refletido logicamente na legislação aprovada nesse período.³

A primeira tentativa de se coibir a publicação não autorizada da imagem sucedeu no ano de 1857, quando um projeto de lei de proteção autoral contemplou disposição que objetivava coibir a reprodução não autorizada por parte do proprietário de um retrato.⁴

Entretanto, o primeiro diploma legal que realmente outorgou alguma forma de proteção à imagem surgiu na Baviera, com a aprovação, em 28 de julho de 1865, da Lei para proteção dos direitos de autor em produções literárias e de arte (Gesetz zum Schutz der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und der Kunst). Essa lei serviu de base para a legislação alemã que se seguiu e previa, em seu § 35, que o direito de reprodução de retratos cabia àquele que solicitava o serviço, partindo então do pressuposto de que haveria identidade entre a pessoa que solicitava o trabalho e aquela que seria retratada.⁵

¹ NEUMANN-KLANG, Sybille. Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999, p. 9.

² BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 13.

³ Os primeiros países que outorgaram alguma forma de tutela à imagem foram a Alemanha, a Bélgica e a Áustria, no entanto, isso foi feito no âmbito do direito de autor.

⁴ BÄCHLI, Marc, Das Recht am eigenen Bild, p. 11.

⁵ HENGST, Florian, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB), p. 4.

Na mesma linha da lei da Baviera, seguiram-se duas leis imperiais alemãs: a primeira, de 9 de janeiro de 1876, relativa ao direito de autor em trabalhos de artes plásticas (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste*); e a segunda, do dia seguinte, de 10 de janeiro de 1876, referente à proteção de fotografias contra cópias não autorizadas (*Gesetz betreffend den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildungen*)⁶. Tais leis ligavam a proteção da imagem ao direito de autor e exigiam a identidade entre o solicitante do trabalho e a pessoa retratada.⁷

Não demorou muito para que fossem notadas as insuficiências das leis de 1876. É que a tutela da imagem dependia da proteção do direito de autor, ou seja, somente se fossem preenchidos os requisitos para a proteção autoral é que se poderia falar na tutela da imagem. Assim sendo, não existia nessas leis propriamente uma proteção da personalidade da pessoa retratada em caso de lesão à sua imagem, mas sim uma limitação dos direitos do autor do retrato. Tanto é que a pessoa retratada não tinha nenhum direito subjetivo se não fosse ao mesmo tempo a solicitante do trabalho, já que referidas leis foram criadas, em última instância, para a tutela do direito de autor⁸.

Em face das deficiências da legislação, a doutrina alemã, no final do século XIX, já se conscientizava da necessidade de um direito que protegesse exclusivamente a pessoa fotografada, independente do direito de autor⁹. Porém, em virtude da ausência de tal disposição legal, os tribunais acabaram enfrentando grandes problemas ao se depararem com demandas em que não existia a identidade entre a pessoa contratante do trabalho e aquela retratada, isto é, nas hipóteses de divulgação de fotografias tiradas sem o consentimento da pessoa captada¹⁰. Fez-se então necessário o apelo às disposições penais existentes, o que será evidenciado na sequência, com o exame de alguns julgados.

⁶ LEFFLER, Ricarda. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 44-45.

⁷ A previsão de proteção apenas àquele que solicitava a foto pode parecer, sob a ótica atual, bastante estranha, sendo evidentes, na atualidade, as deficiências das mencionadas leis. A situação fica mais compreensível, entretanto, se nos atentarmos para o fato de que nos primórdios da fotografia o desenvolvimento técnico não permitia a captação da imagem sem o consentimento da pessoa fotografada, já que não havia ainda sido desenvolvida a fotografia instantânea (LEFFLER, Ricarda. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying, p. 47).

⁸ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand, t. I, p. 100-101.

⁹ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 13.

¹⁰ GERTZEN, Anke Marie. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal. Göttingen: Cuvillier, 2009, p. 4.

2. A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ ANTERIOR À LEI DE 1907

O Tribunal do Império (Reichsgericht), no fim do século XIX, publicou duas decisões que foram fundamentais para a constatação da necessidade de concessão de uma especial proteção legal para a imagem.

2.1. O CASO “DAME IM BADEKOSTÜM”

Em 29 de novembro de 1898 o Reichsgericht decidiu um processo bastante importante para o futuro reconhecimento legislativo do direito à imagem. Tratou-se de uma demanda envolvendo uma fotografia clandestina de uma jovem em trajes de banho, que foi tirada na piscina feminina na estância de Cranz. A imagem foi posteriormente vendida e utilizada na confecção de “peso para papel” e outros objetos, o que gerou o litígio¹¹.

O *Reichsgericht*, para solucionar a questão, ante as insuficiências da legislação civil, não pôde recorrer à tutela pelo direito à imagem, tendo que apelar para o Direito Penal. Assim, os responsáveis pela foto foram condenados a uma pena de seis meses de prisão pela prática de crime de ofensa (Beleidigung), com fundamento no § 185 do Código Penal (StGB)¹².

Para fundamentar a decisão, o tribunal partiu da ideia de que para terceiros parecia que a mulher tinha consentido na realização das fotos em trajes de banho, o que geraria, conforme os costumes da época, suspeita quanto à sua moralidade. Nessa linha, a ação premeditada dos agentes teria ferido a honra da mulher, lesionando seriamente sua estima diante de outras pessoas, o que configuraria a prática do crime de ofensa¹³.

Ademais, é de se notar que a solução dada ao caso “Dame im Badekostüm” não permaneceu isolada, pois acabou sendo difundida em outros tribunais, que em situações semelhantes também acabaram fazendo uso do Direito Penal

¹¹ LEFFLER, Ricarda. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 49.

¹² KOHLER, Josef. Das Eigenbild im Recht. Berlin: J. Guttentag, 1903, p. 32-33.

¹³ EISELE, Jörg. Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. Juristische Rundschau, Berlin, p. 6-11, jan. 2005, p. 6.

e condenaram a captação indevida da imagem de uma pessoa como crime de ofensa à honra¹⁴⁻¹⁵.

2.2. O CASO “OTTO VON BISMARCK”

Em meio às tentativas frustradas de proteção ao direito à imagem, inclusive no âmbito penal, teve enorme impacto na Alemanha o caso Bismarck, que deixou evidente a insuficiência do direito então vigente¹⁶.

No dia 30 de julho de 1898 morreu o herói nacional e ex-chanceler Otto von Bismarck. Em meio à multidão que se aglomerava diante de sua residência, à espera de notícias, dois jornalistas de Hamburgo invadiram referido imóvel e tiraram fotos do falecido e de seu leito. As fotos acabaram sendo vendidas por quantia bastante significativa (30 mil marcos)¹⁷ e foram divulgadas na Alemanha sem qualquer autorização da família¹⁸.

Indignados com o ocorrido, não se conformando em ver a figura do ex-chanceler vilipendiada, os seus filhos ajuizaram ação exigindo a proibição da divulgação das fotos e a restituição dos negativos¹⁹. O Reichsgericht (Suprema

¹⁴ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 102.

¹⁵ Semelhante dificuldade pôde ser observada em uma decisão do Tribunal (Oberlandesgericht - OLG) de Hamburgo, proferida em 20 de novembro de 1900, que analisou uma demanda em que um detetive particular, de forma oculta, tirou fotos de uma jovem mulher, pois acreditava que ela mantinha relações sexuais com o marido de sua cliente. O tribunal entendeu que a situação representava uma ofensa (§ 185 StGB), visto que a pessoa foi colocada numa situação de desonra, como amante de um homem casado. Todavia, ficou mais uma vez claro que a simples fotografia de uma pessoa, sem seu consentimento, não era tida como contrária ao direito, tanto é que o tribunal teve que fazer um grande esforço interpretativo para poder considerar a reprodução não autorizada da imagem como uma lesão à honra (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 16).

¹⁶ Conforme observa Otavio Junior, existe enorme significado simbólico na análise do caso Bismarck, “que é considerado o primeiro precedente no direito alemão de limitação às liberdades comunicativas pelo Poder Judiciário em favor de uma celebridade post-mortem, sem que haja um elemento de natureza política ou altas razões de Estado” (JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. *Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil*. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115).

¹⁷ Vale notar que as fotos foram vendidas por quantia que hoje corresponderia a aproximadamente duzentos mil euros, o que denota a relevância econômica, já no fim do século XIX, de determinados retratos (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 15). Já conforme Thomas Thiede, o montante pago pelas fotos seria ainda maior, equivaleria a quatrocentos mil euros (THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010, p. 19).

¹⁸ LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 49.

¹⁹ GERTZEN, Anke Marie. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009, p. 5-6.

Corte do Império) julgou o processo em 28 de dezembro de 1899, condenando os réus à não divulgação das fotos e à destruição dos negativos . A decisão, no entanto, enfrentou um grande problema jurídico, pois no Ducado de Lauenburg, onde foi praticada a conduta, não era possível a proteção da imagem. É que à época, as disposições legais vigentes no local, isto é, os Estatutos de Hamburgo e o Espelho da Saxônia (Sachsenspiegel), não continham nenhuma norma adequada que pudesse ser aplicada ao litígio²⁰.

Com isso, ante a falta de preceito legal relativo ao direito à imagem, o tribunal recorreu ao Direito Romano, à *condictio ob iniustam causam*, entendendo que os fotógrafos teriam adentrado no quarto onde estava o corpo de Bismarck de forma oculta e sem o consentimento dos filhos do falecido, em violação de domicílio (§ 123 do Código Penal). Assim, caberia aos herdeiros o direito de restituição de tudo o que foi obtido por meio da violação de domicílio, incluindo as fotografias²¹.

O resultado do julgamento foi bem recebido, mas os argumentos utilizados em sua fundamentação não convenceram os estudiosos da época e também são considerados inadequados se levarmos em conta o ponto de vista atual. Entre os críticos podemos destacar Kohler, para quem as fotografias não apresentavam nenhuma invasão de domicílio, de modo que o julgado deveria ter se pautado na lesão a direitos da personalidade²².

Outrossim, a doutrina da época também criticou a decisão pelo fato de que o mesmo resultado poderia ter sido obtido pelos fotógrafos, porém restariam impunes, caso, ao invés de terem invadido a casa, tivessem tirado as fotos de Bismarck através de uma janela. Havia então uma lacuna na lei que demandava uma urgente resposta do legislador²³.

Pois bem, o fato do Reichsgericht ter recorrido ao Direito Romano para solucionar o caso Bismarck tornou evidente que o direito à imagem estava insuficientemente regulado²⁴. Desse modo, não há dúvida que referido caso provocou uma grande discussão sobre o direito à imagem e impulsionou a criação

²⁰ EISELE, Jörg. Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. Juristische Rundschau, Berlin, p. 6-11, jan. 2005, p. 6.

²¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 694.

²² GÖTTING, Horst-Peter. Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. Tübingen: Mohr, 1995, p. 19.

²³ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 28.

²⁴ FESTAS, David de Oliveira, Do conteúdo patrimonial do direito à imagem, p. 36.

de um regime para a matéria, regulado na “Lei relativa ao direito de autor em trabalhos de artes plásticas e de fotografia” (KUG), que foi aprovada em 1907 e ainda hoje está parcialmente em vigor²⁵⁻²⁶.

Por derradeiro, vale ressaltar que, paralelamente às deficiências da legislação, os julgados da época, de forma quase que unânime, não lançaram mão dos desenvolvimentos doutrinários que já estavam à disposição. Em vista dos instrumentos disponíveis, perdeu-se naquele momento a oportunidade de reconhecer a existência de um direito geral da personalidade, passível de proteção como bem jurídico, que permitiria a tutela do direito à imagem²⁷.

3. O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

A doutrina já vinha debatendo o direito à imagem antes mesmo da decisão do caso Bismarck. Em um primeiro momento o tema foi tratado pelos estudiosos sob o ponto de vista puramente do direito de autor²⁸.

Na literatura alemã, Jhering já se postava contra a introdução da proteção da imagem na Lei de Direito de Autor de 1876, asseverando que o fotógrafo poderia ser acionado, caso utilizasse o negativo de maneira diversa daquela prevista pela pessoa fotografada. Assim sendo, um direito de defesa ficaria à disposição da pessoa fotografada, que poderia utilizá-lo pela via da *actio iniuriarum*. No entanto, a teoria da proteção da imagem de Jhering não foi exitosa, o que não lhe tira o mérito de ter contribuído para os debates atinentes ao desenvolvimento de uma futura concepção autônoma do direito à própria imagem na Alemanha²⁹.

Com o desenvolvimento do tema, vozes favoráveis passaram a colocar a imagem no centro da discussão, como foi o caso de Hugo Keyßner, a quem foi atribuída tanto a autoria da primeira obra (*Das Recht am eigenen Bild*) que

²⁵ PASCHKE, Marian. *Medienrecht*. 3. ed. Heidelberg: Springer, 2009, p. 320-321.

²⁶ A Lei de Direito de Autor de 1965 (UrhG), em vigor desde 1º de janeiro de 1966, revogou parcialmente a KUG. No entanto, conforme estabeleceu o § 141, Abs. 5 da UrhG, a proteção da imagem pelas disposições da KUG continuou em vigor. Isso se explica pelo fato de que se esperava, à época, a aprovação de uma legislação que regulasse amplamente os direitos da personalidade, o que acabou não ocorrendo (DREIER, Thomas; SCHULZE, Gernot. *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 1958).

²⁷ LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 51.

²⁸ KÄCHELE, Andreas. *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 27.

²⁹ BÄCHLI, Marc. *Das Recht am eigenen Bild*, p. 12.

realmente tratou do problema de forma aprofundada, publicada em 1896, como também a própria denominação ainda hoje utilizada na Alemanha, ou seja, o “direito à própria imagem” (*Recht am eigenen Bild*)³⁰.

Keyßner entendia que caberia a todo homem o direito à livre disposição sobre sua própria imagem, podendo proibir que sucedesse qualquer reprodução dessa imagem sem seu consentimento: “Cada um é senhor da sua imagem; sem autorização não é permitida sua representação por imagem ou ser feito famoso por ilustração”³¹. O estudioso reconhecia ainda que o direito à própria imagem fazia parte dos direitos da personalidade, mas surpreendentemente não via a necessidade de sua regulamentação pela atuação do legislador, contentando-se com a prudente atuação dos magistrados³².

As ideias de Keyßner foram acolhidas por boa parte da doutrina, que se posicionou favoravelmente ao reconhecimento do direito à imagem³³. Outra parte dos estudiosos, entretanto, resistiu às propostas, que qualificaram como um “atentado jurídico contra a arte e a ciência”³⁴. Para eles, a salvaguarda da imagem encontrava acolhida no direito à honra, o qual já era suficientemente protegido pelas disposições da legislação penal e por mecanismos de responsabilidade civil³⁵.

A discussão era tamanha que mesmo o renomado Josef Kohler, grande defensor do reconhecimento dos direitos da personalidade, rejeitou, em um primeiro momento, a ideia de um direito à própria imagem. O estudioso asseverou que só poderia haver proibição da reprodução de uma imagem se ela atentasse contra a personalidade, notadamente se fosse ultrajante, pouco semelhante ou

³⁰ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 10.

³¹ KEYßNER, Hugo. *Das Recht am eigenen Bild*. Berlin: J. Guttentag, 1896, p. 31-32. Tradução livre do original: “Jedweder ist seines Bildes Herr; ohne seine Genehmigung darf er nicht durch Abbilder veranschaulicht oder durch Illustration berühmt gemacht werden”.

³² HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 8.

³³ Todavia, deve-se notar que, apesar da extraordinária importância da contribuição de Keyßner, isso não faz dele o criador do direito à imagem. Ele será, quando muito, pioneiro da proteção da imagem até hoje vigente na Alemanha. Na verdade, antes das referências de Keyßner ao tema na sua monografia “*Das Recht am eigenen Bilde*”, o direito à imagem já era mencionado por outros autores germânicos, particularmente por Kohler, na obra “*Das Individualrecht als Namensrecht*” (FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 33).

³⁴ O perigo das propostas de proteção da imagem era visto no âmbito artístico, especialmente no que toca à caricatura, que sempre sobreviveu através do exagero de determinadas características das pessoas caricaturadas (KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 29).

³⁵ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 102.

se atingisse a vida privada³⁶. Posteriormente, já no início do século XX, Kohler admitiu em sua obra “Das Eigenbild im Recht” a necessidade de proteção da imagem³⁷.

De qualquer modo, em uma observação mais acurada, pode-se notar que não havia uma diferenciação tão grande entre os posicionamentos de Kohler e de Keyßner. Realmente, Keyßner via no direito de proibir a divulgação de sua própria imagem uma regra, que admitia apenas algumas exceções, como as fotografias de paisagens, as tiradas durante manifestações públicas ou as produzidas no interesse da persecução penal³⁸. Kohler, por seu turno, considerava que a liberdade de captação e divulgação dos retratos era o princípio que regia a matéria, o qual abarcava, entretanto, algumas exceções³⁹, que encontravam fundamento na proibição de veiculação de imagens que ofendessem legítimos interesses da pessoa retratada⁴⁰.

O tema foi objeto de amplo debate durante o “26º Congresso de Juristas Alemães”, que resultou no reconhecimento da proteção do direito à imagem. Na ocasião, Gareis aderiu à concepção de Keyßner e ainda admitiu uma quarta exceção à tutela da imagem: o direito de reproduzir o original para memória (recordação) e desde que não houvesse atentado à honra⁴¹.

No final das contas, malgrado vozes discordantes, a maioria dos autores se pronunciou favoravelmente ao reconhecimento de um direito à própria imagem, o que acabou sendo encampado pela Lei de 9 de janeiro de 1907.

4. O CÓDIGO CIVIL ALEMÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Apesar do reconhecimento do direito à imagem por grande parte da doutrina e das severas críticas da literatura aos julgados do Reichsgericht, o Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900, não produziu nenhuma alteração no quadro até então apresentado⁴².

³⁶ LÉVY, Vanessa, Le droit à l'image: définition, protection, exploitation, p. 132.

³⁷ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 27.

³⁸ LÉVY, Vanessa, Le droit à l'image: définition, protection, exploitation, p. 132.

³⁹ HENGST, Florian, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB), p. 9.

⁴⁰ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 14.

⁴¹ LÉVY, Vanessa, Le droit à l'image: définition, protection, exploitation, p. 132.

⁴² KRAENZ, Nadja, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 89.

Todavia, não foi somente em relação ao direito à imagem que o BGB deixou a desejar. Na verdade, o diploma civil alemão praticamente se omitiu quanto à tutela dos direitos da personalidade, uma vez que cuidou do tema apenas no seu § 12, que prevê o direito ao nome, e na disposição particular do § 823, 1, atinente à responsabilidade civil em caso de lesão à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade ou a “um outro direito” (“*ein sonstiges Recht*”)⁴³⁻⁴⁴.

Nem mesmo o posicionamento favorável de autores ilustres, como Kohler e Gierke, foi suficiente para convencer os redatores do BGB a incluir na codificação um direito geral da personalidade. Entendia-se, à época, que uma prerrogativa com contornos demasiadamente imprecisos e cujo espectro de abrangência ainda não estava claramente determinado não poderia ser aceita⁴⁵. Assim sendo, a proteção da personalidade ficou a cargo tão somente dos §§ 12 e 823, 1 do BGB, bem como da legislação penal⁴⁶.

Para agravar a situação, o Judiciário, com a entrada em vigor do BGB, também não reconheceu a existência de um direito geral da personalidade e nem de outros aspectos da personalidade não previstos expressamente pela codificação⁴⁷. É que a quase totalidade dos magistrados interpretou o § 823, 1 do BGB de forma restritiva, seguindo entendimento no sentido de que tal norma protegia somente os direitos da personalidade que o ordenamento jurídico reconhecia como direitos subjetivos⁴⁸⁻⁴⁹.

Contudo, destoando da jurisprudência, pode-se mencionar um caso julgado pelo tribunal de primeira instância de Berlim, que, diante de um retrato utilizado para fins comerciais e sem consentimento da parte, considerou, já em 1902, ter ocorrido ofensa ao direito à própria imagem⁵⁰.

⁴³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 694.

⁴⁴ Não obstante a ausência de previsão específica, alguns autores consideravam que o direito à imagem poderia ser protegido pelo BGB com fundamento no § 823, 1, como “um outro direito” (TRACHSLER, Walter, *Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme*, p. 29).

⁴⁵ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 13.

⁴⁶ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 105.

⁴⁷ Alguns tribunais chegaram a atribuir uma proteção da personalidade com base no § 826 do BGB (“*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*”), mas esse entendimento não passou de uma exceção. De fato, os juízes, de modo geral, hesitaram em reconhecer a prática de um ato contrário aos bons costumes nos casos de ofensa aos direitos da personalidade (LEGLER, Thomas, *La vie privée, image volée*, p. 91).

⁴⁸ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 6.

⁴⁹ Bartnik assevera ainda que o fato da expressão “outros direitos” (*sonstige Rechte*), constante do § 823 do BGB, vir imediatamente após o direito de propriedade, levou também à interpretação no sentido de que tal termo estaria ligado somente ao direito de propriedade (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 17).

⁵⁰ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 16.

Nesse contexto, viu-se na norma do § 823 do BGB apenas uma disposição particular acerca da responsabilidade aquiliana e não uma cláusula geral de proteção da personalidade.

Por conseguinte, após a entrada em vigor do BGB, perdeu-se a oportunidade de se reconhecer judicialmente um direito geral da personalidade a partir da expressão legal “um outro direito” (“ein sonstiges Recht”), que também poderia encampar a proteção da imagem⁵¹. Seja como for, o fracasso no que toca à efetiva proteção dos direitos da personalidade no BGB pode ser considerado como um fator que influenciou o legislador a elaborar posteriormente uma lei voltada para a proteção da imagem⁵².

5. A INOVADORA PROTEÇÃO DA IMAGEM PELA LEGISLAÇÃO ALEMÃ

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como o BGB em nada inovou na matéria em questão, os debates acerca da necessidade de proteção legal ao direito à imagem continuaram. Foram apresentados vários anteprojetos de lei, sendo que um deles resultou na Lei sobre os Direitos de Autor em Obras de Artes Plásticas e Fotografia (*Kunsturhebergesetz - KUG*)⁵³, que entrou em vigor em 9 de janeiro de 1907. Assim, iniciou-se na Alemanha, com a entrada em vigor da KUG, a segunda fase de desenvolvimento do direito à própria imagem⁵⁴.

A KUG foi construída fundamentalmente de acordo com o pensamento de Keyßner, que considerava não ser admitida a publicação de imagens de uma pessoa sem seu consentimento, o que está nítido na redação do seu § 22⁵⁵. Por outro lado, a doutrina de Kohler não foi esquecida, especialmente no que toca aos limites da proteção (§§ 23, 1 e 24)⁵⁶.

⁵¹ HENGST, Florian, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB), p. 6.

⁵² BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 17-18.

⁵³ THIEDE, Thomas, Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen, p. 19.

⁵⁴ NEUMANN-KLANG, Sybille, Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht, p. 14.

⁵⁵ HUBMANN, Heinrich. Das Persönlichkeitsrecht. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 298.

⁵⁶ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 18.

Outrossim, vale notar que, ante a falta de consenso quanto ao reconhecimento de um direito geral da personalidade, o legislador acabou colocando indevidamente a proteção da imagem no âmbito do direito de autor, uma vez que também viu nela uma limitação aos poderes do autor do retrato. Melhor teria sido, porém, sua localização no próprio Código Civil, como fez com o direito ao nome⁵⁷.

De qualquer forma, é certo que a KUG afastou boa parte das insuficiências da legislação anterior, considerando a proteção do direito à imagem como um direito particular da personalidade. Ademais, apesar do tratamento equivocado da matéria no âmbito autoral, é certo que tal qualificação foi rejeitada pelos autores da época, que consideraram o direito à imagem como um direito da personalidade com existência e duração independentes do direito de autor⁵⁸⁻⁵⁹.

Por fim, não há dúvida que a regulação legislativa foi benéfica e de fundamental importância para a consolidação e desenvolvimento do direito à imagem na Alemanha, tanto que permanecem ainda hoje em vigor as disposições da KUG atinentes à proteção do retrato (§§ 22-24, 33, 37, 38, 42-44, 48 e 50), não obstante a sua derrogação quase integral pela Lei de Direito de Autor (Urhebergesetz - UrhG), de 9 de setembro de 1965.

5.2. O CONSENTIMENTO COMO PRINCÍPIO GERAL DA KUG (§ 22 DA KUG)

A KUG trata do *ius imaginis* a partir do seu § 22, mas sua proteção está limitada apenas à reprodução reconhecível da imagem de pessoas. Os objetos não são tutelados, uma vez que a legislação faz distinção entre *Bildnis* e *Bild*, sendo a primeira expressão passível de proteção e relacionada à imagem de pessoas, enquanto que o segundo termo, não encampado pela lei, está associado à representação de objetos.⁶⁰

⁵⁷ KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 90.

⁵⁸ LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*, p. 58.

⁵⁹ Não obstante a distinção feita pelos estudiosos, deve-se observar que, considerando o fato do direito à imagem ter sido regulamentado por uma lei sobre direitos de autor (KUG), normalmente a doutrina alemã cuida da matéria em livros de direito de autor, sendo uma constante a existência nessas obras de tópicos tratando da KUG.

⁶⁰ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 14.

Feita essa observação inicial acerca do âmbito de proteção, é de se notar que a KUG consagra, já no seu § 22, o princípio da proibição do retrato sem consentimento. De fato, a lei exige, para que uma foto possa ser difundida ou exibida publicamente⁶¹, que a pessoa fotografada tenha previamente consentido, presumindo o consentimento, em caso de dúvida, quando há o pagamento de remuneração⁶².

O § 22 estabeleceu ainda um direito póstumo à própria imagem, em evidente reação ao ocorrido no caso Bismarck, o que, em larga medida, corresponde ao “reconhecimento da tutela de um direito da personalidade em relação a alguém falecido”, previsão bastante inovadora para a época⁶³. Com isso, na hipótese de falecimento do fotografado, é necessário o consentimento de seus familiares nos dez primeiros anos após a morte.⁶⁴

É curioso notar, entretanto, que a simples captação da imagem e a produção de um retrato, sem que houvesse a sua difusão ou exibição pública, não necessitaria do consentimento do retratado⁶⁵. Nessa linha, poderia um fotógrafo, sem que houvesse desrespeito ao § 22 da KUG, simplesmente fotografar um transeunte em uma praça ou um pintor reproduzir tal imagem em uma tela⁶⁶.

⁶¹ Difundir (“verbreiten”), conforme o § 17, 1 da Lei de Direito de Autor (UrhG), significa a entrega de um objeto corpóreo (suporte físico) que contenha a imagem, como é o caso de fotografias, jornais, revistas e livros. O verbo exibir (“zurschaustellen”), por seu turno, tem o sentido de fazer visível a terceiros, como ocorre em transmissões de televisão, em publicações na internet ou até mesmo na colocação em uma vitrine de uma loja, não sendo necessário que haja disposição sobre o suporte físico da imagem (THIEDE, Thomas, Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen, p. 21).

⁶² § 22 da KUG – “Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten”. Tradução livre: “As imagens podem ser divulgadas ou exibidas publicamente somente com o consentimento da pessoa retratada. Na dúvida, o consentimento é tido como concedido se a pessoa retratada recebe para tanto uma remuneração. Após a morte da pessoa retratada há necessidade, até o decurso de 10 anos, do consentimento dos parentes da pessoa retratada. Parentes, no sentido desta lei, são o cônjuge ou parceiro sobrevivente e os filhos da pessoa retratada, e se nem cônjuge ou parceiro, nem os filhos estão presentes, os pais do retratado”.

⁶³ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

⁶⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, p. 694.

⁶⁵ HUBMANN, Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, p. 297.

⁶⁶ REHBINDER, Manfred. Urheberrecht. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 327.

Assim, a lei não levou em conta, nesse ponto, a exigência de Keyßner no sentido de que também fosse proibida a mera captação e produção da imagem, o que decorreu, para alguns autores, do fato de que a fotografia ainda não havia se desenvolvido suficientemente, de modo que as fotos instantâneas não eram possíveis e não se fazia necessária a proteção da produção de um retrato⁶⁷.

Outros autores, por seu turno, apontam que a não previsão da proteção da captação e da produção da imagem decorreria de exigências de ordem artística. De fato, argumentam que, se fosse proibida a simples produção e cópia de retratos, um pintor estaria proibido de fazer uma cópia da tela pintada para sua coleção particular, bem como teria igualmente a obrigação de destruir os esboços utilizados em seu trabalho, o que, em última instância, significaria a proibição da liberdade do artista de exercer sua arte⁶⁸.

Aliás, a temática não passou despercebida pelo parlamento alemão durante o processo legislativo, mas se chegou à conclusão de que a simples captação de imagens e a produção de fotos não apresentavam perigo significativo, ao contrário do que se passava com a utilização das imagens, que merecia proteção legal⁶⁹.

De qualquer modo, a questão relativa à simples captação e à produção de imagem alheia foi resolvida mais tarde, conforme veremos, com o aprimoramento da doutrina e da jurisprudência, de fundamental importância para o reconhecimento do direito geral da personalidade.

5.3. LIMITAÇÕES À REGRA DO CONSENTIMENTO (§§ 23 E 24 DA KUG)

Os limites da proteção à imagem estão relacionados com a própria natureza do bem tutelado e com uma meticulosa ponderação, que leva particularmente em consideração os interesses atinentes à arte, à cultura, à ciência, à liberdade de opinião e de informação, bem como à segurança pública⁷⁰.

Assim sendo, em atendimento às diretrizes supramencionadas e complementando os comandos do § 22, previu a KUG, nos §§ 23 e 24, uma relação de casos excepcionais em que pode ser admitida a divulgação e a exibição da imagem sem o consentimento da pessoa retratada⁷¹.

⁶⁷ GERTZEN, Anke Marie. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal. Göttingen: Cuvillier, 2009, p. 7.

⁶⁸ KRAENZ, Nadja, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, p. 91.

⁶⁹ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 30.

⁷⁰ REHBINDER, Manfred, Urheberrecht, p. 327.

⁷¹ LEFFLER, Ricarda, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying, p. 60.

Nessa linha, como primeiro item das hipóteses enumeradas, a lei considera desnecessário o consentimento para divulgação e exibição da imagem de pessoas que fazem parte da história contemporânea (§ 22, 1, 1 da KUG), compreendendo-se como tal todas as pessoas cuja atividade seja considerada, ainda que transitoriamente, de interesse público⁷².

Entre as personalidades da história contemporânea (“Person der Zeitgeschichte”) normalmente são incluídos os políticos, governantes, monarcas e religiosos de grande importância, bem como os esportistas, atores, artistas, cientistas e inventores de excepcional destaque. O conceito está, contudo, longe de ser suficientemente esclarecido, valendo aqui mencionar, entre outros problemas, o fato de que em muitos acontecimentos da atualidade há pessoas desconhecidas que acabam sendo lançadas aos holofotes do público⁷³.

Diante disso, a doutrina e os tribunais alemães⁷⁴ passaram a fazer distinção entre aquelas pessoas que são apenas temporariamente alcançadas pelo interesse público, especificamente em razão de determinados acontecimentos (*relative Personen der Zeitgeschichte*)⁷⁵, e aquelas que são, independentemente de um determinado acontecimento, em razão de seu status ou significado, diuturnamente alvo da mídia e objeto de atenção do público em geral (*absolute Personen der Zeitgeschichte*)⁷⁶.

Partindo dessa distinção, chegou-se à conclusão de que, quanto às primeiras, haveria uma limitação temporária e objetiva, relacionada justamente aos acontecimentos concretos dos quais teriam feito parte, sendo admissível, para atender ao interesse público, a utilização da imagem. Já em relação ao segundo grupo de pessoas, haveria uma maior liberdade na utilização da imagem, admitindo-se a sua publicação sem uma relação visível com um acontecimento da história contemporânea, o que não significa, entretanto, autorização para a prática de abusos⁷⁷⁻⁷⁸.

⁷² REHBINDER, Manfred, Urheberrecht, p. 328.

⁷³ HEISIG, Carsten. Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich. Hamburg: Dr. Kovac, 1999, p. 26.

⁷⁴ Vale aqui notar que, por influência dos autores alemães, a doutrina majoritária suíça também distingue entre as personalidades “absolutas” e “relativas” da história contemporânea (LEGLER, Thomas, La vie privée, image volée, p. 112).

⁷⁵ LUTZ, Peter. Grundriss des Urheberrechts. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013, p. 282.

⁷⁶ OHRMANN, Christoph. Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009, p. 59.

⁷⁷ HEISIG, Carsten, Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich, p. 26.

⁷⁸ Todavia, como será visto mais adiante, a ampla liberdade no que toca à publicação de imagens de personalidades da história contemporânea em sentido absoluto, mesmo quando se colocam em público, vai sofrer limitação em decorrência de decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (FECHNER, Frank. Medienrecht. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 31).

Outra exceção está relacionada às fotos em que a pessoa integra uma paisagem (§ 22, 1, 2 da KUG) ou participa de acontecimentos históricos, de reuniões e de assembleias, bem como nos casos em que a pessoa se coloca em público (§ 22, 1, 3 da KUG)⁷⁹. Ademais, há ainda permissão legal quando estão em jogo interesses relevantes atinentes à arte (§ 22, 1, 4 da KUG), à administração da justiça ou à segurança pública⁸⁰.

Em todos os casos, as exceções ainda levam em conta a existência de eventual interesse legítimo do fotografado (§ 23, 2 da KUG), o que consistiria em uma exceção da exceção. É dizer: a exceção quanto à necessidade de consentimento do fotografado não tem validade se um seu interesse legítimo for lesionado⁸¹, como é o caso em que a imagem lesiona a honra, sentimentos religiosos ou tenha objetivos comerciais.

Desse modo, não obstante a existência das mencionadas exceções à regra do consentimento, nos casos em que um interesse legítimo do retratado for lesionado ou quando não existe o interesse público à informação, não há que se falar na utilização da imagem sem o consentimento. E não poderia ser diferente, pois, diante da ponderação de bens, seria um absurdo que uma pessoa tivesse que tolerar a utilização de sua imagem, em detrimento da própria intimidade, para satisfazer, por exemplo, o sensacionalismo criado por uma imprensa interessada em auferir lucros e saciar a curiosidade do público⁸².

5.4. AS PRIMEIRAS DECISÕES APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA KUG: CASOS ZEPPELIN, TULL HARDER E PISCATOR

A primeira decisão do Reichsgericht após a entrada em vigor da KUG ocorreu em 1910 e envolveu a utilização do nome e da imagem do Conde Zeppelin por um fabricante de tabaco, que adotou referidos direitos da personalidade como marca comercial, sem ter previamente requerido⁸³.

⁷⁹ HEISIG, Carsten, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

⁸⁰ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 27..

⁸¹ MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*. Hamburg: Dr. Kovac, 2007, p. 193.

⁸² HEISIG, Carsten, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

⁸³ GÖTTING, Horst-Peter. *Perspektiven der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts*. In: GÖTTING, Horst-Peter; LAUBER-RÖNSBERG, Anne (Hrsg.). *Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 13.

O *Reichsgericht* julgou favoravelmente o pleito, condenando o fabricante de tabaco a extinguir a marca e a não utilizar novamente, para fins comerciais, o nome e a imagem do conde. Segundo o tribunal, não obstante o § 23 da KUG excepcionar a necessidade de consentimento para utilização da imagem de personalidades da história contemporânea, no caso teria ocorrido lesão a um legítimo interesse do retratado. Por isso, considerando que a conduta violou o disposto no § 22 da KUG, foi concedida proteção contra a utilização não consentida da imagem⁸⁴.

Vale ainda notar que a decisão partiu de uma fundamentação não patrimonial, voltada para o fato de que o conde teria se sentido moralmente ofendido com a conduta do réu⁸⁵. Nada foi mencionado no julgado quanto ao fato do conde ter autorizado outro fabricante de cigarros a utilizar seu nome e sua efígie como marca de seus produtos, circunstância que teria ensejado a demanda e que denotaria, em realidade, a necessidade de proteção de interesses comerciais⁸⁶.

A um resultando completamente diverso chegou o mesmo tribunal em uma decisão de 1929, que ilustra muito bem a utilização cada vez maior de conhecidas personalidades em campanhas comerciais, particularmente em função do desenvolvimento da tecnologia e das mídias de massa. Também fica evidente o envolvimento de valores econômicos cada vez mais expressivos nessas atividades⁸⁷.

No caso, um famoso jogador de futebol chamado Tull Harder processou uma fabricante de cigarros que utilizou sua imagem, com finalidade comercial. De fato, a empresa lançou uma coleção de figurinhas de jogadores de futebol, tendo estampado o retrato do jogador, sem seu consentimento, em caixas de cigarros.

O tribunal, entretanto, refutou o pedido, argumentando que o autor era uma personalidade da história contemporânea e por isso deveria tolerar, sem

⁸⁴ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 192-193.

⁸⁵ A mesma fundamentação ligada à moral pôde ser vista nessa época em decisões semelhantes de outros países. Na França, por exemplo, um tribunal atendeu ao pedido de uma atriz que teve sua imagem, sem consentimento, utilizada em uma propaganda de biscoitos, o que representaria uma ofensa a sua reputação, pois isso indicaria que ela teria vendido sua beleza para fins comerciais (GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 46).

⁸⁶ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 192-193.

⁸⁷ GÖTTING, Horst-Peter. *Geschichte des Persönlichkeitsrechts*. In: GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Hrsg.). *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. München: C.H. Beck, 2008, p. 38.

necessidade de consentimento, a utilização de sua imagem. A corte ainda deixou claro que a utilização da imagem do jogador em propaganda comercial não causou nenhuma afronta a seus legítimos interesses⁸⁸.

Pois bem, comparando-se os dois casos citados, parece que para situações idênticas o Reichsgericht chegou a resultados completamente diversos. Todavia, sob uma ótica bastante minuciosa, nota-se que o tribunal viu no caso Zeppelin a utilização da imagem do conde imediatamente ligada à mercadoria e à empresa, enquanto que na demanda de Tull Harder faltaria essa ligação estreita, visto que a imagem seria apenas um anexo da mercadoria⁸⁹.

Não obstante a lógica apontada, o fato é que a decisão do caso Tull Harder considerava que pessoas famosas, caracterizadas como integrantes da história contemporânea, deveriam tolerar a utilização de sua imagem para fins de propaganda, como se isso não ferisse seus legítimos interesses⁹⁰.

Por fim, vale mencionar o caso Piscator, decidido no ano de 1927 pelo Tribunal de Apelação de Berlin (Kammergericht). Na demanda, foi levada à corte a problemática da lesão ao direito à imagem por parte de um ator, que teria imitado em uma peça teatral o ex-imperador Guilherme II. O tribunal, seguindo a jurisprudência recorrente, negou a existência de lesão a um direito geral da personalidade, mas admitiu a violação do direito à própria imagem. É de se observar, ainda, que a qualificação de Guilherme II como personalidade da história contemporânea não foi esquecida, no entanto, viu-se na situação uma lesão a legítimos interesses do ex-imperador, que teria sido representado no palco de maneira inequivocamente tendenciosa⁹¹⁻⁹².

⁸⁸ GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 47.

⁸⁹ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 194.

⁹⁰ É interessante observar que quase quarenta anos após o julgamento do caso Tull Harder, o BGH enfrentou problema muito semelhante relacionado com uma coleção de figurinhas de jogadores de futebol. Diferentemente do decidido pelo Reichsgericht, a decisão do BGH, de 20 de fevereiro de 1968, não mais analisou se a utilização da imagem afetou moralmente o seu titular, mas tão somente se houve lesão aos seus interesses econômicos (GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 48).

⁹¹ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 195.

⁹² Rigaux observa que um dos argumentos invocados pela defesa foi o de que o ex-imperador nunca se opôs a inúmeras publicações que lhe tinham sido bastante desfavoráveis. Todavia, a tal objeção foi respondido que o efeito produzido pela representação no palco do teatro era muito mais considerável do que aquele de uma crítica publicada na imprensa ou em um livro (RIGAU, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 275).

6. A LEI FUNDAMENTAL E A EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A entrada em vigor da KUG foi muito importante para a proteção do direito à imagem, no entanto, como foi visto, as decisões dos tribunais e do Reichsgericht se limitaram à letra da lei. A jurisprudência não chegou a reconhecer um direito geral da personalidade⁹³, que poderia complementar a proteção da imagem outorgada pela KUG. Ao contrário, os acórdãos da primeira metade do século XX recusavam, de forma enérgica, o reconhecimento desse direito⁹⁴.

Entendia-se que a proteção da personalidade estava suficientemente resguardada pelos direitos da personalidade já consagrados expressamente pela lei, bem como pelo § 826 do BGB, que reprimia os atentados intencionais e contrários aos bons costumes. No entanto, para contornar a problemática do não reconhecimento do direito geral da personalidade, os tribunais se viam obrigados a alargar o domínio de proteção do direito ao nome e à imagem⁹⁵.

O período da ditadura nazista, por seu turno, em nada contribuiu para o desenvolvimento da personalidade individual, especialmente por ter venerado o fortalecimento da consciência em torno da coletividade. Isso foi agravado pelas novas formas de publicidade e propaganda daquele regime, que produziram sérios ataques à esfera da personalidade, particularmente por meio de um sistema de notícias e informações bastante desenvolvido, nunca imaginado anteriormente pelos legisladores⁹⁶.

A situação somente sofreu alteração com o fim da Segunda Guerra Mundial e a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, em 23 de maio de 1949. De fato, como reação aos abusos cometidos contra os direitos individuais durante o período do nazismo⁹⁷, a nova Constituição deu especial destaque à dignidade da pessoa humana (art. 1, 1) e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2, 2), que passaram a constituir valores centrais da nova ordem jurídica, o que resta claro pelo fato do legislador constituinte ter colocado tais disposições logo nos primeiros artigos da Lei Fundamental⁹⁸.

⁹³ Destoando da jurisprudência da época, é bastante citada uma decisão do Tribunal (OLG) de Kiel, do ano de 1929, que reconheceu o direito geral da personalidade (MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 207).

⁹⁴ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild* (§ 201a StGB), p. 41.

⁹⁵ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 136.

⁹⁶ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen* (§ 201a StGB), p. 32.

⁹⁷ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 696.

⁹⁸ BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 72.

Em face dessas disposições, a doutrina que se opunha ao reconhecimento de um direito geral da personalidade, ao argumento de que não existiria base legal para tanto, restou enfraquecida. Iniciou-se então, no período de 1950 a 1960, um intenso debate acerca dos efeitos dos direitos fundamentais em relação a terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*)⁹⁹.

Parte da doutrina passou a defender, sobretudo Nipperdey, a aplicação imediata ao Direito Civil dos comandos constitucionais atinentes à proteção da dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade (*Theorie der unmittelbaren Drittwirkung*)¹⁰⁰.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias, entretanto, consideravam que os direitos fundamentais eram voltados para a proteção do cidadão contra o Estado, de modo que teriam apenas um efeito indireto em face de outros particulares. Não haveria, então, uma aplicação imediata desses direitos nas relações entre particulares, uma vez que a Constituição não poderia reconhecer a existência de um direito geral da personalidade no Direito Privado, mas somente poderia determinar que essa proteção fosse assegurada pelo Direito Privado¹⁰¹.

Diante desses questionamentos e partindo do reconhecimento constitucional da primazia do valor da personalidade, propôs-se uma nova interpretação extensiva da expressão “outros direitos” (*sonstiges Recht*), prevista no § 823 do BGB, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do direito geral da personalidade, classificado como um direito subjetivo absoluto¹⁰².

7. O RECONHECIMENTO DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

Não demorou muito até que o BGH (*Bundesgerichtshof*)¹⁰³ proferisse a primeira decisão seguindo as ideias propostas pela doutrina, vindo a reconhecer o direito geral da personalidade. Isso ocorreu no célebre caso *Leserbrief*, que envolveu a publicação de um artigo em um jornal sobre Hjalmar Schacht, no

⁹⁹ Na década mencionada, no ano de 1953, foi publicada a obra do professor Heinrich Hubmann, intitulada “Das Persönlichkeitsrecht”, que foi rapidamente difundida e é ainda hoje considerada como referência no que toca à defesa do direito geral da personalidade. Posteriormente, em 1967, foi publicada uma segunda edição dessa obra, que foi bastante ampliada (HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*).

¹⁰⁰ THIEDE, Thomas, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 5-6.

¹⁰¹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 137-139.

¹⁰² MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 227.

¹⁰³ O Bundesgerichtshof (BGH) corresponde ao nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ).

qual o ex-ministro da economia do Terceiro Reich teve seu passado lembrado, assim como suas atividades no pós-guerra foram objeto de críticas¹⁰⁴.

O advogado de Schacht, no exercício de sua função, enviou então uma carta ao jornal exigindo a publicação de correções no artigo. A correspondência foi, no entanto, publicada em uma versão resumida na sessão das “cartas do leitor” (Leserbriefe). Diante disso, o advogado exigiu do jornal uma publicação informando que não se tratava de “carta do leitor”, mas sim de uma carta do advogado de Schacht, escrita em função da atuação como defensor¹⁰⁵.

O litígio judicial envolvendo a publicação indevida da carta chegou ao BGH, que, partindo da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, reconheceu a existência de um direito geral da personalidade garantido tanto pela Constituição, entre os direitos fundamentais, como pelo Direito Civil¹⁰⁶.

Nessa linha, considerou o tribunal que o texto objeto da disputa deveria ser entendido como manifestação do pensamento de seu autor e irradiação de sua personalidade, cabendo apenas a ele o direito de decidir quando e em que forma o texto poderia ser publicado. E acrescentou ainda que a publicação de uma versão alterada do texto provocou lesão aos direitos da personalidade do autor, bem como ofensa ao direito geral da personalidade (§ 823, 1 do BGB)¹⁰⁷.

Por conseguinte, o BGH, em 25 de maio de 1954, atendeu ao pedido com fundamento nos §§ 823, 1 e 1004 do BGB, este último por analogia, bem como em observância aos artigos 1 e 2 da Lei Fundamental¹⁰⁸, reconhecendo a existência de um direito geral da personalidade, o que certamente garantiu novos avanços no âmbito da proteção da imagem, proporcionando uma ampliação da extensão da tutela desse direito¹⁰⁹.

¹⁰⁴ SCHWEERS, Stefan Christian. Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers. Tese de doutorado. Universidade de Köln, Köln, 2006, p. 16.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil. 13. ed. München: Beck, 1994, v. II/2, p. 492.

¹⁰⁶ GÖTTING, Horst-Peter. Geschichte des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Hrsg.). Handbuch des Persönlichkeitsrechts. München: C. H. Beck, 2008, p. 210.

¹⁰⁷ SCHWEERS, Stefan Christian, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, p. 16-17.

¹⁰⁸ SCHWEERS, Stefan Christian, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, p. 16-17.

¹⁰⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, p. 696-697.

8. A CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO CASO LESERBRIEF

Nos anos que se seguiram foram proferidas outras decisões que confirmaram o posicionamento do BGH quanto à existência de um direito geral da personalidade, reafirmando também a importância da corte para o desenvolvimento da matéria, como sucedeu nos casos Cosima-Wagner (1954), Herrenreiter (1958) e Soraya (1965)¹¹⁰.

A compatibilidade do direito geral da personalidade com a Lei Fundamental alemã foi posteriormente confirmada pela Corte Constitucional, que assimilou a construção do BGH no julgamento dos casos Soraya¹¹¹ e Lebach¹¹², garantindo a validade desse direito não somente no âmbito civil, mas também como um direito fundamental independente. E nesse ponto deve ficar claro que apesar do reconhecimento pela Corte Constitucional, isso não significa que o direito geral da personalidade seja idêntico para o Direito Civil e para o Direito Constitucional¹¹³.

De qualquer modo, a despeito da diferenciação teórica, é certo que, em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹¹⁴ e da interpretação conforme a constituição, existe atualmente uma aproximação muito grande entre eles, restando pouco espaço na prática para eventuais distinções.

¹¹⁰ MARTIN, Klaus, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, p. 228.

¹¹¹ Em 1958 o xá da Pérsia se separou da princesa Soraya, pois esta não estava conseguindo lhe dar um herdeiro. Posteriormente, em abril de 1961, houve a publicação em um jornal de uma entrevista exclusiva que tratava da vida privada da princesa Soraya. Ocorre que a entrevista tinha sido inventada, o que levou ao ajuizamento de ação, na qual o BGH determinou o pagamento de quantia em dinheiro (15 mil marcos) para compensar os danos. A Corte Constitucional manteve a decisão do BGH, visto que não aceitou a reclamação constitucional (LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, v. II/2, p. 496).

¹¹² O caso Lebach também merece um breve comentário, especialmente por envolver a representação de cenas da vida de uma pessoa. A discussão remonta à invasão de um depósito de munição do Exército alemão, no qual três jovens mataram quatro soldados do corpo de guarda que estavam dormindo. Dois deles foram condenados à prisão perpétua, enquanto o outro foi condenado a seis anos de pena privativa de liberdade. Quando este último já havia cumprido 2/3 da pena, o canal de televisão ZDF anunciou que iria apresentar um documentário sobre o caso, intitulando-o “Der Soldatenmord von Lebach”. Foi apresentada então uma reclamação à Corte Constitucional, que acolheu o pedido ao fundamento de que a exibição do documentário causaria lesão aos direitos da personalidade, particularmente aos direitos ao nome e à imagem. No que toca especificamente ao direito à imagem, o aresto destacou que ele estaria compreendido no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana, de modo que toda pessoa teria o direito de determinar se e em que medida terceiros poderiam representar em público cenas da sua vida (WÜLLRICH, Philipp. Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet. Gottmadingen: JWV, 2006, p. 81). A Corte Constitucional ainda deixou claro que não se tratava de um documentário atual acerca de um fato criminoso, ponderando que no caso concreto o direito à ressocialização do criminoso mereceria precedência (FECHNER, Frank, Medienrecht, p. 92).

¹¹³ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 21.

¹¹⁴ A noção de eficácia horizontal envolve questionamentos acerca da possibilidade e da extensão dos efeitos legais dos direitos humanos sobre as relações privadas travadas entre os cidadãos (BRÜGGEMEIER, Gert. Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective. In: BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (coord.). Constitutionalisation of Private Law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 59).

Por fim, após as decisões proferidas pelo BGH, a existência do direito geral da personalidade também foi objeto de debate legislativo, mas não houve sucesso na tentativa de aprovação de uma legislação voltada particularmente para a regulação da matéria, que é até hoje tratada apenas de forma parcial pelo BGB¹¹⁵.

9. A DEFESA DA IMAGEM E O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

Em relação especificamente à defesa da imagem, é de se observar que a Lei Fundamental alemã não reconheceu expressamente esse direito, o que tem feito com que os tribunais e a doutrina procurem seu fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana e no direito geral da personalidade.

Nesse contexto, vale destacar que o BGH, já em 10 de maio de 1957, reconheceu a possibilidade de proteção da imagem pelo direito geral da personalidade, o que se deu no caso conhecido como “*Spätheimkehrer*”¹¹⁶. Admitiu-se, então, que a existência de lesão pode ocorrer não somente nas hipóteses de divulgação, mas também pela simples captação e produção da imagem¹¹⁷.

Desse modo, atualmente a proteção ao direito à imagem é feita não somente pela KUG, considerada uma *leges specialis*, mas também pelo direito geral da personalidade, valendo este último para os casos não abrangidos pela tutela legal da KUG¹¹⁸. Assim, é justamente por permitir a proteção de determinadas áreas específicas da personalidade, não reguladas expressamente pela legislação, que o direito geral da personalidade é considerado um “direito-mãe” (*Mutterrecht*) ou um “direito-fonte” (*Quellrecht*), isto é: dele derivam muitos outros direitos individuais. Ademais, graças à sua extensão e indeterminação, fala-se ainda em um “direito-moldura” (*Rahmenrecht*)¹¹⁹.

¹¹⁵ Em 1959 o governo alemão levou ao parlamento um projeto de lei com o objetivo de dar nova regulamentação aos direitos da personalidade (“*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes*”). Pretendia-se, com a nova legislação, a substituição do § 12 do BGB por uma norma geral de proteção da personalidade, a alteração da redação do § 847, bem como a inclusão do direito à própria imagem no § 17. Entretanto, o projeto não foi aprovado, o que se deu principalmente em função da pesada crítica da imprensa, que via nele uma ameaça ao exercício de suas atividades (KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen* (§ 201a StGB), p. 36-37).

¹¹⁶ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen* (§ 201a StGB), p. 34.

¹¹⁷ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 19.

¹¹⁸ KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 90.

¹¹⁹ SIMON, Gesa. *Persönlichkeitsschutz gegen herabsetzende Karikaturen in Deutschland und Frankreich*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 28-30.

Por conseguinte, é certo que a jurisprudência alemã tende a interpretar a KUG literalmente, no entanto, reconhece, ao mesmo tempo, que a complementação da proteção da imagem pelo direito geral da personalidade se faz extremamente necessária para a adequação da tutela à dinâmica da atual sociedade da informação¹²⁰, que cada vez mais aumenta as possibilidades técnicas de ataques à esfera da personalidade, tornando claramente insuficiente a proteção existente nas normas de Direito Civil.

10. APROVEITAMENTO ECONÔMICO DO DIREITO À IMAGEM

Não demorou muito para que fosse notada a importância econômica dos direitos da personalidade. A questão entrou em discussão já no ano de 1956, quando um fabricante de motonetas realizou publicidade de seus produtos com a imagem do ator Paul Dahlke, bastante conhecido do público¹²¹. Como não houve consentimento para a utilização da imagem, foi ajuizada ação objetivando a reparação dos danos.

Ao julgar o caso, entendeu o BGH que, não obstante ter sido utilizada a imagem de uma pessoa que pode ser considerada uma personalidade da história contemporânea, não seria aplicável o § 23, 1, 1 da KUG, pois as imagens foram utilizadas para fins exclusivamente comerciais. Assim sendo, fixou o tribunal o entendimento no sentido de que a referida norma da KUG somente se aplicaria quando, ao lado de interesses comerciais, a situação também atendesse a necessidades de informação do público¹²².

O tribunal realizou, desse modo, uma correção no curso da sua jurisprudência, declarando-se favorável à valoração econômica dos direitos da personalidade. Reconheceu a possibilidade de aproveitamento comercial do direito à imagem, considerando-o um “direito de exclusividade com valor patrimonial” (*vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht*)¹²³.

Outrossim, na hipótese de utilização não autorizada do direito à imagem para fins comerciais, a corte previu a possibilidade de aplicação da figura da

¹²⁰ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 26.

¹²¹ ALEX, Lennert. Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien. Hamburg: Dr. Kovac, 2009, p. 138.

¹²² SCHWEERS, Stefan Christian, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, p. 17.

¹²³ GÖTTING, Horst-Peter, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, p. 49.

licença fictícia para o cálculo dos prejuízos sofridos. Tal instituto, desenvolvido no âmbito dos direitos sobre bens imateriais, garante ao ofendido o recebimento de uma quantia correspondente àquela que receberia se tivesse firmado normalmente um contrato de licença¹²⁴.

A aplicação da figura da licença parte da ideia de que aquele que comete um ataque a direitos da personalidade não pode ficar em melhor situação do que aquele que obteve autorização para a utilização de referidos direitos¹²⁵.

Por conseguinte, a importância da referida decisão é evidente, tendo fixado muitos aspectos da futura valoração econômica dos direitos da personalidade.

11. A PRETENSÃO À COMPENSAÇÃO POR DANOS IMATERIAIS

Historicamente o legislador não previu no BGB nenhuma pretensão geral à compensação por lesão a interesses imateriais. Limitou-se a prever no § 253, de forma excepcional, somente em alguns casos, a possibilidade de pretensão decorrente de dano não patrimonial¹²⁶. Isso se explica pelo fato de que os danos imateriais (ou danos morais, como denominamos no Brasil) não podem ser verificados de forma objetiva e nem podem ser facilmente valorados, como se dá nas hipóteses de danos materiais¹²⁷.

O mesmo caminho foi seguido pelo *Reichsgericht*, que não viu em seus julgados a necessidade de reconhecer o direito à indenização por perdas imateriais¹²⁸.

No caso Paul Dahlke, anteriormente analisado, o BGH também não se desviou do entendimento firmado pelo Reichsgericht, fixando que, na hipótese de lesão a direitos da personalidade, somente seria possível o pagamento de indenização quando ocorresse um dano patrimonial¹²⁹.

¹²⁴ GÖTTING, Horst-Peter. Perspektiven der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; LAUBER-RÖNSBERG, Anne (Hrsg.). Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 17-18.

¹²⁵ SCHWEERS, Stefan Christian, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, p. 17.

¹²⁶ A redação original do § 253 do BGB era a seguinte: “Immaterieller Schaden. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden”. Tradução livre: “Danos imateriais. Em função de um dano que não seja patrimonial, somente pode ser exigida indenização em dinheiro nos casos determinados pela lei”.

¹²⁷ WITZLEB, Normann. Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 44.

¹²⁸ THIEDE, Thomas, Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen, p. 35.

¹²⁹ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 35.

Contudo, em 14 de fevereiro de 1958 o BGH modificou seu posicionamento, alinhando-se aos ensinamentos de parte da doutrina. Na ocasião foi analisado o caso que ficou conhecido como *Herrenreiter*, no qual o proprietário de uma fábrica de cervejas ingressou com ação exigindo o pagamento de indenização pela utilização não autorizada de sua foto em uma propaganda de produto farmacêutico¹³⁰.

Diferentemente do caso *Paul Dahlke*, o processo em questão não cuidou da utilização de fotos de uma celebridade, sem seu consentimento, com objetivo de propaganda. Assim sendo, a demanda trouxe novos ingredientes, pois o ofendido não se tratava de pessoa conhecida do público. Além disso, conforme entendimento do autor, a sua imagem tinha sido utilizada de forma ofensiva à sua honra, já que associada à propaganda de um produto revigorante sexual¹³¹.

No tribunal de apelação o litígio foi resolvido com a concessão de indenização em virtude da conduta não autorizada e o cálculo do valor da indenização levou em conta a analogia ao contrato de licença (*Lizenzanalogie*). A solução dada em segunda instância foi, entretanto, criticada pelo BGH, que, ao analisar o recurso especial (*Revision*), asseverou que não seria possível a analogia à licença, uma vez que o autor jamais teria consentido na utilização da imagem em questão¹³².

Acrescentou ainda o tribunal que o atentado à honra não autorizava, como foi feito, a aplicação da permissão fictícia, que presumia a existência de um contrato e sua respectiva remuneração pelo uso da imagem, ficando, por conseguinte, totalmente sem sentido a interpretação no sentido de ter ocorrido uma lesão patrimonial¹³³. É que não se poderia presumir determinada conduta de uma pessoa, como seria o caso da contratação autorizando a utilização de sua imagem, se exatamente em função disso ela veio a juízo se defender¹³⁴.

A partir dessas ponderações, concluiu o BGH que a pretensão em causa envolvia danos imateriais (*immaterieller Schaden*), sendo necessário, para a efetiva proteção da garantia constitucional do direito geral da personalidade,

¹³⁰ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 241-242.

¹³¹ SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, p. 16-17.

¹³² SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, p. 19-20.

¹³³ BOHN, Frank. *Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht*. Berlin: BWV, 2005, p. 104.

¹³⁴ SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, p. 19-20.

que fosse reconhecido ao requerente o direito a uma justa compensação pelos prejuízos sofridos¹³⁵.

Para tanto, entendeu o tribunal que o § 847 poderia ser estendido às violações ao direito geral de personalidade, pelo que partiu de uma analogia que considerava a violação da liberdade interior (“*inneren Freiheit*”)¹³⁶, isto é: como no BGB seria possível a indenização por danos imateriais por privação de liberdade corporal, essa mesma privação poderia analogicamente ser considerada quanto aos bens incorpóreos¹³⁷.

Outrossim, no julgado foram estabelecidas condições bem rigorosas para o reconhecimento da pretensão por danos imateriais, devendo o ofendido provar que se tratava de uma grave lesão, o que se orientaria pela extensão dos danos causados a direitos da personalidade, bem como que o prejuízo sofrido não poderia ser de outro modo compensado¹³⁸.

Em relação à apuração da compensação, foi estabelecido que se levaria em conta a função satisfativa, bem como circunstâncias especiais do caso¹³⁹. Ademais, apesar de não ter tratado expressamente da prevenção do dano, já se poderia ver na decisão uma certa inclinação em favor da função preventiva¹⁴⁰.

O posicionamento do BGH foi confirmado na decisão de 18 de março de 1959, no caso Caterina Valente, que ainda esclareceu que o dano imaterial poderia vir acompanhado de danos patrimoniais¹⁴¹. O mesmo pôde ser constatado

¹³⁵ LEGLER, Thomas, *La vie privée, image volée*, p. 91-92.

¹³⁶ § 847, inciso 1 do BGB: “(1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen”. Tradução livre: “No caso de lesão ao corpo ou à saúde, assim como no caso de privação da liberdade, pode o lesionado também exigir, por causa do dano não patrimonial, uma justa indenização em dinheiro”. É de se observar ainda que o artigo em questão não está mais em vigor desde 19 de julho de 2002, pois foi revogado pela “Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften”, que também deu nova redação ao § 253, 2, o qual passou a regular os danos imateriais (KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen* (§ 201a StGB), p. 40).

¹³⁷ BOHN, Frank, *Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht*, p. 104.

¹³⁸ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, v. II/2, p. 495.

¹³⁹ SIMON, Gesa, *Persönlichkeitsschutz gegen herabsetzende Karikaturen in Deutschland und Frankreich*, p. 129-130.

¹⁴⁰ BOHN, Frank, *Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht*, p. 105.

¹⁴¹ O caso Caterina Valente ainda tornou evidente que a simples utilização do nome de uma pessoa, com finalidade comercial, mesmo que não venha acompanhada da apresentação de sua imagem, já é suficiente para provocar danos imateriais. Na hipótese, em uma propaganda comercial de prótese dentária, é descrita a aflição de uma cantora no momento em que sua dentadura se solta durante a apresentação, sendo que no texto do comercial consta: “Mesmo se eu não sou tão célebre como Caterina Valente...” (RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 282).

no julgado de 19 de setembro de 1961, conhecido como *Ginsengwurzel*, que foi além, pois não mais recorreu ao expediente da analogia ao § 847 do BGB e também considerou que a escolha valorativa constitucional (art. 1, 2 da Lei Fundamental) era um imperativo, em si mesmo, para a concessão de indenização em dinheiro pela lesão a direitos da personalidade¹⁴².

E não demorou muito para que a tutela dos danos imateriais, já reconhecida nos casos de ofensa ao direito geral da personalidade, fosse expressamente transplantada para os direitos especiais da personalidade, o que ocorreu, pela primeira vez, em uma decisão proferida em 5 de janeiro de 1962, atinente à publicação da imagem ¹⁴³.

Desse modo, fica evidente que a decisão do caso *Herrenreiter* iniciou uma nova fase da tutela da imagem na Alemanha, visto que além de reafirmar a proteção do direito geral da personalidade, também reconheceu, pela primeira vez, o direito ao pagamento de compensação pecuniária por danos imateriais¹⁴⁴.

12. OS DANOS IMATERIAIS NA CORTE CONSTITUCIONAL

O passo seguinte na evolução em exame é dado pela Corte Constitucional alemã, que seguiu, no ano de 1973, a decisão do BGH sobre a indenização por danos imateriais.

Na ocasião, foi deixado claro que existe um direito geral da personalidade tanto no âmbito do Direito Civil como no do Direito Constitucional, mas que não há identidade entre eles, uma vez que aquele somente representa uma forma da garantia constitucional. Ademais, acrescentou que outra diferença consiste no fato de que o direito geral da personalidade constitucional cede espaço diante de um direito fundamental especial, enquanto que na seara civil há uma associação entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais¹⁴⁵.

O tribunal ainda destacou, seguindo entendimento do BGH, que a comprovação da lesão aos direitos da personalidade é sempre uma questão do caso concreto, dependendo da realização de uma ponderação entre os bens jurídicos que se opõem ¹⁴⁶.

¹⁴² KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 38.

¹⁴³ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 38.

¹⁴⁴ THIEDE, Thomas, Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen, p. 37.

¹⁴⁵ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 41.

¹⁴⁶ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 41.

Assim sendo, há o reconhecimento pela Corte Constitucional do direito à indenização por danos imateriais em conformidade com as condições exigidas pelo BGH, ou seja, a existência de uma grave lesão a direitos da personalidade e a ocorrência de culpa grave. Em relação à quantificação da reparação do dano, fixou o tribunal a observância de limites justos¹⁴⁷.

Posteriormente, no ano de 1983, com o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional do direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), a proteção constitucional da personalidade foi ampliada, estabelecendo-se condições para o armazenamento, utilização e repasse de dados pessoais¹⁴⁸.

13. A FUNÇÃO PREVENTIVA NA REPARAÇÃO DOS DANOS IMATERIAIS

Inicialmente, o BGH defendeu o entendimento no sentido de que a ideia de satisfação não permitiria o pagamento de quantia exagerada em dinheiro. Via-se na reparação do dano imaterial apenas e tão somente uma pretensão à compensação, cujo valor não poderia ir além dessa função compensatória¹⁴⁹.

Todavia, tal posicionamento foi mudado pelo tribunal na decisão de 15 de novembro de 1994, no caso “Caroline de Mônaco I”, quando se viu, pela primeira vez, uma função preventiva na indenização, a qual também teria igual relevância. Passou-se assim, nos casos de danos imateriais, a reconhecer, ao lado da função compensatória, também a existência da função preventiva de futuras lesões aos direitos da personalidade¹⁵⁰.

Outrossim, o julgado destacou que a quantificação do dano sofrido deve levar em conta um verdadeiro efeito inibitório (*Hemmungseffekt*), que ganha ainda maior relevância se a lesão aos direitos da personalidade foi motivada pelo puro desejo de obter lucro¹⁵¹. E partindo dessa conclusão, entendeu o BGH que o tribunal de segunda instância (OLG de Hamburgo) não levou em conta, na quantificação do dano, o fator relacionado com a intenção lucrativa da revista que realizou as publicações lesivas à princesa de Mônaco. Por conseguinte, a indenização que tinha sido fixada em trinta mil marcos foi elevada para cento e oitenta mil marcos, para que nova lesão, também relacionada com direitos da personalidade, não voltasse a ocorrer¹⁵².

¹⁴⁷ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 41-42.

¹⁴⁸ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 42.

¹⁴⁹ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 262.

¹⁵⁰ BARTNIK, Marcel, Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht, p. 263.

¹⁵¹ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 44.

¹⁵² SCHWEERS, Stefan Christian, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, p. 25.

Seguiu-se a decisão de 5 de dezembro de 1995 (Caroline de Mônaco II), que colocou em destaque o fato de que o objetivo de prevenção não é alcançado tão somente com a redução do lucro daquele que provoca danos em outrem, fazendo-se também necessário que o montante da indenização constitua realmente uma contrapartida para aqueles que lesionam direitos da personalidade com o objetivo de lucrar¹⁵³.

Isso não significou, entretanto, a acolhida pelo tribunal do entendimento que defendia uma completa supressão dos ganhos e o pagamento de indenização em montante exasperado para que fosse atendido um verdadeiro efeito inibitório. O posicionamento não restou, contudo, isento a críticas, visto que os valores da condenação da editora que publicou as fotos dos casos Caroline de Mônaco não foram em montante suficiente para a criação de um efeito inibitório em relação a novas ofensas, ainda mais se for considerada a possibilidade de cálculo prévio dos prejuízos eventualmente decorrentes da condenação judicial¹⁵⁴.

De qualquer forma, nos anos que se seguiram foi visto o pagamento de indenizações claramente mais altas que nos anos anteriores, posicionamento cujo sentido e objetivo foram também expressamente aprovados pelo Tribunal Constitucional alemão¹⁵⁵. Com isso, a tutela civil se transformou em uma arma de bastante importância contra a lesão à imagem.

14. O FORTALECIMENTO DA PROTEÇÃO DA IMAGEM PELO TEDH

Em 15 de dezembro de 1999 a Corte Constitucional alemã pronunciou, em um dos casos envolvendo a princesa Caroline de Mônaco, a decisão que orientou, em um primeiro momento, a relação entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. Segundo a corte, seria permitida, em relação a uma personalidade da história contemporânea em sentido absoluto, a publicação pela imprensa de imagens de sua vida cotidiana, ainda que se tratasse de um momento em que estivesse fora da função pública¹⁵⁶.

Todavia, pouco mais de quatro anos depois do pronunciamento da Corte Constitucional alemã, em 24 de junho de 2004, em função da decisão do caso

¹⁵³ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 44.

¹⁵⁴ GERTZEN, Anke Marie, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal, p. 33.

¹⁵⁵ KÄCHELE, Andreas, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), p. 44.

¹⁵⁶ LUTZ, Peter, Grundriss des Urheberrechts, p. 283.

mencionado e das que seguiram seu raciocínio, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) condenou a Alemanha por violação do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁵⁷. Para tanto, considerou que o país, em função de suas obrigações positivas, teria permitido violações praticadas pelos jornalistas contra a vida privada e familiar da referida princesa.

O julgamento do TEDH provocou intensa alteração no quadro de proteção da imagem até o momento organizado na Alemanha. Por unanimidade, o tribunal considerou que toda pessoa, seja ela uma celebridade ou não, tem legítima expectativa de tutela e respeito de sua vida privada. Nessa linha, a decisão afastou não somente a classificação alemã atinente às personalidades da história contemporânea em sentido absoluto, como também excluiu o critério do isolamento espacial¹⁵⁸.

Ficou então evidente a diferença de entendimento no que toca à proteção entre o Direito alemão e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). De fato, o primeiro colocava em evidência a questão espacial para a proteção da esfera privada, enquanto que para a CEDH a vida privada em si mesma é o objeto de proteção, ficando em segundo plano o aspecto espacial¹⁵⁹.

Por conseguinte, concluindo a evolução do Direito alemão e promovendo uma grande modificação nos posicionamentos até então vigentes, o tribunal europeu ampliou a proteção da vida privada das pessoas célebres também para ambientes públicos, nos quais igualmente podem ser revelados, segundo o julgado, aspectos relevantes da vida privada. Assim, o critério adotado pelos tribunais alemães passou então a ser o da legítima expectativa de tutela da imagem e da privacidade, o qual deve orientar também a jurisprudência dos países que fazem parte da jurisdição do TEDH, bem como influenciar os julgados de países como o Brasil.

¹⁵⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG. Neue Juristische Wochenschrift, Frankfurt, ano 62, n. 1-2, p. 20-26, jan. 2009, p. 20.

¹⁵⁸ KRAENZ, Nadja, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, p. 103.

¹⁵⁹ KLÜBER, Rüdiger. Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Lennert. Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien. Hamburg: Dr. Kovac, 2009.

BÄCHLI, Marc. Das Recht am eigenen Bild. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002.

BARTNIK, Marcel. Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

BOHN, Frank. Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht. Berlin: BWV, 2005.

BORK, Reinhard. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

BRÜGGEMEIER, Gert. Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective. In: BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (coord.). Constitutionalisation of Private Law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 59-82.

DREIER, Thomas; SCHULZE, Gernot. Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar. 4. ed. München: C. H. Beck, 2013.

EISELE, Jörg. Strafrecht – Besonderer Teil I. 2. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

FECHNER, Frank. Medienrecht. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

FESTAS, David de Oliveira. Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos. Coimbra: Coimbra, 2009.

GERTZEN, Anke Marie. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal. Göttingen: Cuvillier, 2009.

GÖTTING, Horst-Peter. Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.

_____. Perspektiven der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; LAUBER-RÖNSBERG, Anne (Hrsg.). Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 11-26.

_____. Geschichte des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Hrsg.). Handbuch des Persönlichkeitsrechts. München: C. H. Beck, 2008, p. 24-45.

HEISIG, Carsten. Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich. Hamburg: Dr. Kovac, 1999.

HENGST, Florian. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB). Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG. Neue Juristische Wochenschrift, Frankfurt, ano 62, n. 1-2, p. 20-26, jan. 2009.

HUBMANN, Heinrich. Das Persönlichkeitsrecht. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111-125.

KÄCHELE, Andreas. Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB). Baden-Baden: Nomos, 2007.

KEYßNER, Hugo. Das Recht am eigenen Bild. Berlin: J. Guttentag, 1896, p. 31-32.

KLÜBER, Rüdiger. Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

KOHLER, Josef. Das Eigenbild im Recht. Berlin: J. Guttentag, 1903.

KRAENZ, Nadja. Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts. Baden-Baden: Nomos, 2008.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil. 13. ed. München: Beck, 1994, v. II/2.

LEFFLER, Ricarda. Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

LEGLER, Thomas. La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues. Berna: Staempfli, 1997.

LÉVY, Vanessa. Le droit à l'image: définition, protection, exploitation. Zürich: Schulthess, 2002.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand. Aix-en-provence: PUAM, 2002, t. I e II.

LUTZ, Peter. Grundriss des Urheberrechts. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.

MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung. Hamburg: Dr. Kovac, 2007.

NEUMANN-KLANG, Sybille. Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

OHRMANN, Christoph. Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009.

PASCHKE, Marian. Medienrecht. 3. ed. Heidelberg: Springer, 2009.

REHBINDER, Manfred. Urheberrecht. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010.

RIGAUX, François. La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité. Bruxelles: Bruylant, 1990.

SCHWEERS, Stefan Christian. Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers. Tese de doutorado. Universidade de Köln, Köln, 2006.

SIMON, Gesa. Persönlichkeitsschutz gegen herabsetzende Karikaturen in Deutschland und Frankreich. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

THIEDE, Thomas. Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Viena: Sramek, 2010.

TRACHSLER, Walter. Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme. Zürich: Schulthess, 1975.

WITZLEB, Normann. Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

WÜLLRICH, Philipp. Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet. Gottmadingen: JWV, 2006.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

COLHEITA DE DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS DURANTE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

*The performance of the taking witnesses evidence during the hearing for
conciliation, in the federal small claims court*

Luiz Bispo da Silva Neto
Juiz Federal na 5.^a Região

RESUMO: O presente artigo tem por fim investigar os limites legais para atuação dos conciliadores durante a condução de audiência de conciliação, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em especial a conta da regulamentação proposta pela Lei n.º 12.153/2009. A possibilidade de ouvida das partes, bem como testemunhas, será examinada em suas implicações constitucionais. Buscará, também, analisar a validade da prova, bem como eventual sanção penal, caracterizada pela falta da verdade pela testemunha.

ABSTRACT: The present article is to investigate the legal limits to action of conciliators while driving an audience of conciliation, under the Federal Special Courts, in particular the regulation proposed by the law n. 12.153/2009. The possibility of hearing of the parties, as well as witnesses, will be examined in its constitutional implications. Will try, too, analyze the validity of proof, as well as possible criminal sanction, characterized by the lack of truth by the witness.

1. INTRODUÇÃO.

A audiência de conciliação prévia é uma realidade constante nos fóruns federais, ato esse, inclusive, estimulado pelo próprio CPC de 2015, que estabeleceu ser esse o primeiro procedimento do processo, inclusive antecipado à própria apresentação de defesa pela parte adversária, ressalvadas as hipóteses de exclusão do referenciado ato.

Busca-se, por meio da conciliação ou mediação, a resolução dos conflitos valendo-se da autocomposição, oportunidade em que as partes poderão construir uma solução para a lide, com lastro no mútuo entendimento sobre o caso.

É uma ferramenta alinhada a barrar a incômoda duração do processo, permeado que é de variados atos e recursos, cuja duração, não raro, pode-se se estender por anos a fio. Em havendo a composição entre as partes, o acordo é homologado, dando-se cabo do processo.

Com vistas a um melhor aproveitamento da audiência de conciliação, o legislador, nos termos do art. 16, § 1.º, da Lei n.º 12.153/2009 (dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios) entendeu que o conciliador, visando a uma maior exposição dos elementos de prova, e uma consequente maior chance de êxito de conciliação, já poderia ouvir as partes e eventuais testemunhas.

Eis a dicção legal:

Lei n.º 12.153/2009

Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação.

§ 1º Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia.

§ 2º Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes.

Não obstante, o avanço legislativo não parou por aí, pois que franqueou ao magistrado a dispensa de novos depoimentos, caso entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes.

Em arremate, a Lei n.º 12.153/2009 ainda dispôs que a previsão normativa prevista no já mencionado art. 16 é igualmente aplicável ao Juizado Especial Federal:

Art. 26. O disposto no art. 16 aplica-se aos Juizados Especiais Federais instituídos pela Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001.

Há quem sustente a inconstitucionalidade do dispositivo em liça, ao argumento de que a colheita de prova testemunhal seria atividade privativa do Juiz, enquanto “presentante” do Poder Judiciário.

Esse aspecto será analisado, confrontando os meandros constitucionais sobre o Juizado Especial e função jurisdicional, no que pertine à colheita da prova.

Outro ponto que merece ser destacado é justamente eventual distorção da verdade, pelas partes e testemunhas, e as respectivas repercussões processuais e até mesmo criminais.

Por fim, será examinado o que se trata da impugnação das partes e da eventual disponibilidade das partes sobre os elementos de prova já colhidos.

2. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO.

A audiência de conciliação, prévia a própria instrução processual, constitui instrumento processual válido, destinado a imprimir maior celeridade na resolução de conflitos submetidos ao Juizado Especial Federal.

As principais instituições que comumente acatam a viabilidade de acordo, em processos da competência do juizado especial federal são a Caixa Econômica Federal e o INSS, a exemplo de processos previdenciários rurais (aposentadoria, salário-maternidade, pensão por morte e auxílio-doença).

A depender da estrutura da vara federal, não raro, carente de juízes substitutos, servidores e com larga distribuição processual, a audiência de conciliação é uma ótima estratégia de resolução rápida de demandas, mormente em feitos que necessitam de audiência e há espaço aberto para acordos.

Dar uma maior qualificação à audiência de conciliação, permitindo uma substancial interação entre as partes, bem como a escuta de eventuais testemunhas, sem sombras de dúvidas, é um avanço que deve ser utilizado.

Veja-se, outrossim, que a discussão não é nova.

Desde o ano de 2005 (II FONAJEF), já houve a aprovação do Enunciado n.º 45, que tratou da matéria, ainda que de maneira tímida, pois que limitou – de maneira vaga – possibilidade de colheita de prova pelo conciliador a determinadas matérias (as quais não esclarece).

Eis o teor do dito Enunciado:

Enunciado n.º. 45

Havendo contínua e permanente fiscalização do juiz togado, conciliadores criteriosamente escolhidos pelo Juiz, poderão, para certas matérias, realizar atos instrutórios previamente determinados, como redução a termo de depoimentos, não se admitindo, contudo, prolação de sentença a ser homologada.

Vale notar que o CPC de 2015 trouxe notório destaque para a temática da conciliação, reservando percuente espaço para tratar do tema (arts. 165/175), traçando minúcias sobre a formação e condução do conciliador e mediador.

Outrossim, calha notar que o CNJ tentou aprimorar o processo de conciliação e mediação, com o advento da Resolução CNJ n.º 125/2010, a qual já previu uma série de cursos e etapas para a formação do conciliador.

Sobre o tema, trago as notas da Juíza Federal Cristiane Conde Chmatalik, in Enunciados Fonajef Comentados, Editora Juspodivm, 2017, pág.123:

A conciliação, contudo, após a edição da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a Política Nacional de Treinamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, ganhou contornos totalmente diferentes, exigindo uma especialização do conciliador e do mediador: O papel do conciliador e do magistrado ficou mais definido, do magistrado passou-se a se exigir uma posição de condução, organização e supervisão das audiências/ mutirões de conciliação, e de homologação dos acordos. Aos conciliadores, para atuarem, ficou estabelecida a necessidade de realização de cursos de mediação e conciliação com número de horas teóricas e práticas.

3. VALIDADE DA PROVA.

Marinoni¹, em breves palavras, sintetiza os limites da prova, dentre elas, a testemunhal, que não se confunde com a verdade sobre os fatos, intuito filosoficamente impossível de ser alcançar:

Não seria impossível, em uma primeira interpretação, pensar que se não é possível encontrar a verdade não há motivo para subordinar a coisa julgada material à possibilidade de plena participação dos interessados na formação do iudicium. Assim, é importante esclarecer a distinção entre busca da verdade e convicção de verdade. Quando se afirma que a prova não pode traduzir a verdade, alude-se a uma ideia que há muito tempo está presente na filosofia. O que se quer dizer, mais precisamente, é que a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado. Apesar disso ser absolutamente óbvio em outros setores do conhecimento, o direito não consegue se livrar do peso da ideia de que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar “iluminado pela verdade”.

A influência desse dogma sobre o direito processual civil acaba gerando problemas para a compreensão da própria coisa julgada material. É costume dizer, por exemplo, que a coisa julgada material encontra respaldo no encontro da verdade. Ou ainda: que a coisa julgada material deve ser a expressão da verdade dos fatos. Acontece que a coisa julgada material não tem – nem pode ter – fundamento no encontro da verdade, uma vez que essa é inatingível pelo processo. A coisa julgada material tem a ver com a necessidade da definição dos casos conflitivos. Como é lógico, uma decisão definitiva somente é legítima quando resulta de um processo que confere às partes a devida oportunidade de participação. É essa participação que legitima a coisa julgada material, e não o encontro da verdade dos fatos.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que a prova é voltada ao convencimento sobre os fatos alegados, tanto das partes (uma vez que as partes podem aquiescer com a decisão judicial, de acordo com a prova presente nos autos), quanto do magistrado. A forma da coleta da prova, a seu turno, deve exibir supedâneo legal, bem como conformidade com os princípios constitucionais que regem a atividade probatória (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros).

Os tribunais demandam, inclusive, a presença física da testemunha em Juízo, não se substituindo o mero documento escrito:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PROVA TESTEMUNHAL ESCRITA. INADMISSIBILIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INEXISTÊNCIA. 1. A natureza de prova testemunhal reduzida a termo em documento extrajudicial não se presta para atender a regra inserida no art. 55 da Lei nº 8.213/91. 2. A debilidade das provas apresentadas impede a concessão do benefício requestado, mantendo-se, pois, a sentença recorrida. 3. Apelação desprovida. (TRF-1 - AC: 44881 MG 2004.01.99.044881-5, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, Data de Julgamento: 29/11/2006, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 14/12/2006 DJ p.35) PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REVISIONAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL. DECLARAÇÕES ESCRITAS NÃO CONSTITUEM PROVA MATERIAL E SIM TESTEMUNHO REDUZIDO A TERMO. 1. O tempo de serviço rural que a parte autora pretende ver reconhecido pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea. 2. As duas declarações juntadas, emitidas por pessoas que atestam terem adquirido uvas do autor, só podem ser consideradas como equivalentes à prova testemunhal uma vez que mais não são do que depoimentos reduzidos a termo escrito sem o crivo do contraditório não se prestando para fazerem as vezes de prova documental. 3. Este o entendimento prevalente na 3ª do STJ quanto às declarações de ex-empregador sobre o exercício de atividade laboral, que igualmente, pode ser aplicado à espécie, no sentido de que não guardando as declarações contemporaneidade com o fato declarado, não podem ser aceitas como prova material, equiparando-se a um mero testemunho escrito. 4. Não havendo início razoável de prova material do labor campesino no período controverso, resta inviabilizado o êxito da pretensão deduzida. (TRF-4 - AC: 6466 RS 2000.71.07.006466-4, Relator: Relatora, Data de Julgamento: 01/02/2006, SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: DJ 22/02/2006 PÁGINA: 704)

Sobre a audiência de conciliação, em havendo o conciliador ouvido as partes e as testemunhas, deve-se syndicar os requisitos próprios para que o ato ostente a devida validade, ou seja, se será possível extrair o convencimento judicial da prova colhida e se houve a obediência às regras e princípios que regem a atividade probatória.

Primeiro, as partes devem ter liberdade de perguntar e reperguntar às testemunhas presentes, possibilitando a formação material do contraditório e da ampla defesa. Finalizada essa etapa, ainda é possível às partes impugnar a validade da prova colhida.

Quais os meandros dessa impugnação?

A parte/advogado deve declinar justo motivo para impugnar a prova colhida, como impossibilidade de a pessoa ouvida ser testemunha no caso (impedimento ou suspeição de testemunha), a conta de amizade ou parentesco, falseamento da verdade, cerceamento do direito de perguntar às testemunhas, imprestabilidade da prova testemunhal, a exemplo de fatos já provados por documento ou confissão da parte, ou que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados (art. 443, incs. I e II, do CPC).

Não cabe aqui impugnação genérica da invalidade da prova, sob pena de caracterizar, inclusive, má-fé processual. Deve restar presente na ata da audiência de conciliação os motivos pelos quais as partes/advogados presentes impugnaram a audiência de conciliação ou as testemunhas ouvidas, que serão examinados pelo magistrado, que poderá acatar, ou não, a impugnação.

O recurso, após a sentença, equivale a uma impugnação?

Em absoluto. A dinâmica do recurso demonstra inconformidade com o julgamento da causa, e não sobre a eventual insatisfação da prova testemunhal colhida pelo conciliador.

Em verdade, caso as partes/advogados presentes na audiência expressamente legitimarem o ato, entendo que haverá preclusão consumativa sobre a impugnação, pois o direito de produção de prova é renunciável, pelo que, com muito mais razão também o é o da ouvida da testemunha em audiência de conciliação. A janela de impugnação é curta, pois que deve ser manejada justamente na duração do ato da audiência de conciliação.

O conciliador deve oportunizar, inclusive, expressamente, às partes a impugnação do ato, reduzindo em termo as razões da declinadas pelas partes.

De fato, a dialética travada já no início da audiência de conciliação, com a oportunidade de as partes serem ouvidas, bem como as testemunhas que eventualmente possam esclarecer os meandros próprios da causa, possibilitando, inclusive, que as partes atinjam uma maior probabilidade de acordo, pois a causa será melhor exposta, esclarecendo os contornos da lide.

Tal fato, todavia, não sonegará do Juízo a supervisão sobre a necessidade de uma nova audiência, agora de instrução e julgamento, ocasião em que poderá, caso entenda necessário, reinquirir as testemunhas, antes ouvidas na audiência

de conciliação, podendo alcançar uma complementação de sua visão sobre o acervo probatório presente nos autos.

As partes, obrigatoriamente, deveram trazer as mesmas testemunhas que foram ouvidas na audiência de conciliação?

Preferencialmente sim, pois proporcionará uma harmonia no conjunto da prova, permitindo que o magistrado complemente o depoimento já exibido na audiência de conciliação, imprimindo, portanto, maior celeridade no ato. Todavia, não há proibitivo de agregar novos atores ao processo, desde que respeitado o limite legal de 3 testemunhas para cada parte (art. 34, caput, da Lei n.º 9.099/95).

Saliente-se que, via de regra, há registro audiovisual das audiências realizadas no Juizado Especial Federal, fato esse que proporciona ao magistrado maior controle de todo o ato realizado na audiência de conciliação, podendo, com maior segurança, determinar, caso entenda necessário, a retomada da instrução probatória, em nova audiência.

Ainda sobre o tema, o CNJ já foi chamado a se pronunciar sobre a validade do procedimento de colheita de prova testemunhal por meio da figura do conciliador:

PEDIDO DE Providências - CONSELHEIRO 0000073-50.2010.2.00.0000 –
Conselheiro Marcelo Neves.

EMENTA

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. Audiências de instrução. Conciliadores. Juizados Especiais. Princípio da informalidade. Art. 2º. Lei nº 9.099/95. Admissibilidade. PCA nº 453. Entendimento superado. Lei nº 12.153/2009. Prevalência. Pedido improvido. Admite-se a condução de audiências de instrução por conciliadores no âmbito dos Juizados Especiais, por força do princípio da informalidade que rege os atos jungidos pela Lei nº 9.099/95, conforme seu art. 2º. Também, a Lei nº 12.153/2009 superou o entendimento proferido no julgamento do PCA nº 453, por autorizar, expressamente, a realização de oitivas de partes e testemunhas por conciliadores, no âmbito dos Juizados Especiais. Pedido conhecido, mas que se nega provimento.

Interessante reproduzir o seguinte excerto do voto:

Ora, se a informalidade é a mola-mestra dos procedimentos afetos aos feitos de menor complexidade, e se as nulidades somente serão reconhecidas mediante prova de efetivo prejuízo, a interpretação lógico-sistemática aponta, inexoravelmente, para a legitimidade da realização de oitivas de testemunhas e partes pelos conciliadores e, posteriormente, aproveitadas pelo magistrado em sua sentença. Não há lugar, no âmbito dos Juizados, para preciosismos e aplicação de padrões tradicionais do processo civil.

3.1. MITO DA RESERVA JURISDICIONAR DA TOMADA DE TESTEMUNHA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

Mostra-se falaciosa a argumentação de que há reserva jurisdicional para escutar a testemunha, isso ao menos no que concerne ao microsistema dos juizados especiais (aqui incluído o Juizado Especial Federal).

Com efeito, o art. 98, inc. I, da CF/88, confere ao juiz togado e leigo (e por extensão legal, o conciliador) a competência para conciliação, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade.

A Lei n.º 9.099/95 esclarece a definição do que venha a ser juiz leigo, auxiliar da justiça, recrutado entre advogados com mais de 5 anos de experiência (art. 7.º da Lei n.º 9.099/95).

Seguindo os rumos traçados na constituição de 1988, a Lei n.º 9.099/95 determinou que o juiz leigo poderá conduzir a audiência de instrução, podendo, nessa etapa, ouvir as partes e as testemunhas, desde que atuante sob a supervisão do juiz togado (art. 37 da Lei n.º 9.099/95).

De fato, a figura do juiz leigo não está presente (expressamente) na Lei n.º 10.259/2001, que regula o Juizado Especial Federal.

Nela há a presença do conciliador, com poucas diretrizes sobre os limites de suas funções, destacando, tão somente, que a designação será pelo período de dois anos, admitida a recondução, com exercício das funções gratuitas, assegurados os direitos e prerrogativas de jurados.

Melhor sorte sobre os limites de atuação do conciliador, durante a audiência de conciliação, não é retirada na Resolução CNJ n.º 125/2010, que cuida da sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, pois traz uma disciplina geral sobre a temática, dispondo sobre a criação de centros de conciliação e mediação, bem como sobre a formação de conciliadores e mediadores.

Diferente foi o tratamento dado pelo art. 16, § 1.º, da Lei n.º 12.153/2009, que, como já dito, possibilita ao conciliador a ouvida das partes e testemunhas, com a possibilidade de dispensa de nova audiência, caso o magistrado entenda dispensável o ato e não houver impugnação.

Resta saber se a previsão legal guarda consonância com o trato constitucional sobre o tema.

A constituição não trata expressamente da figura do conciliador. Poderia entender que idêntica disposição prevista no art. 98, inc. I, do CF/88, que confere poderes instrutórios ao juiz leigo seria estendida ao conciliador?

A resposta positiva ao questionamento encontra consonância com todo o colorido normativo próprio ao Juizado Especial, que tem como norte a celeridade do processual, a simplicidade e a informalidade.

Vê-se que as ressalvas tratadas pelo legislador, que previu a necessária concordância do magistrado, que tem o dever legal de perscrutar a prova colhida, bem como a possibilidade de as partes e respectivos advogados, em apurando alguma ilegalidade, impugnar o ato, são razões que bastam a legitimar a ação do conciliador.

A modernidade, outrossim, permite o registro audiovisual das audiências, o que confere maior grau de possibilidades de o magistrado sindicar os meandros do ato conduzido pelo conciliador, avaliando a necessidade de uma nova assentada.

Ganha-se, portanto, em tempo e produtividade, já que há uma maior racionalização das pautas de audiência de instrução, essas sim, conduzidas, necessariamente, pelo magistrado.

É possível concluir, portanto, que há consonância com os princípios do devido processo legal, do juiz natural e da reserva de jurisdição (art. 93, XIV, da CF/88).

Ainda sobre o tema, vale citar excerto do artigo produzido pelo Juiz Federal Oscar Valente Cardoso, Poderes instrutórios do Conciliador e Lei n.º 12.153/2009, In Revista Dialética Processual, 87, jun/2010:

Acerca da constitucionalidade do art. 16 da Lei n.º 12.153/2009, questiona-se sua consonância com os princípios constitucionais do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LII, da Constituição), do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e da indelegabilidade da jurisdição (que tem, como exceção, a possibilidade de delegação, para servidores, da prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório – art. 93, XIV). Contudo, a possibilidade de nomeação de juízes leigos (e, por expansão legal, de conciliadores) para conciliar e julgar causas cíveis de menor complexidade igualmente têm fundamento constitucional (art. 98, I), e tal discussão já foi superada após a entrada em vigor da Lei n.º 9.099/95, privilegiando-se a busca não só da conciliação, mas também a celeridade e da razoável duração do processo (que também são princípios constitucionais, previstos no art. 5.º, LXXVII).

4. QUESTÃO DA FALTA DE VERDADE DO TESTEMUNHO DURANTE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO.

Esse aspecto é importante, pois põe em xeque a própria utilidade da prova trazida aos autos, quando da audiência de conciliação.

O tipo penal que descreve o crime de falso testemunho está contido no art. 342 do Código Penal brasileiro, cujo teor reproduzo:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

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

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Veja-se que o tipo penal contempla a figura da testemunha de forma ampla, tanto em processo judicial, administrativo, inquérito policial ou mesmo em juízo arbitral.

O bem jurídico tutelado é a administração da justiça, haja vista a seriedade exigida para a coleta da prova, em que o indivíduo é chamado a depor sobre fatos juridicamente relevantes para o deslinde da causa. Tutela-se, igualmente, o interesse das pessoas em litígio, que submeteram a resolução do feito ao Estado-Juiz.

Exige-se como elemento subjetivo o dolo, não se admitindo a figura culposa.

De logo, percebe-se que para a existência do crime, não se faz necessário que o testemunho prestado seja perante a figura do magistrado. O tipo requer que a ação seja praticada no curso de um processo judicial, seja no âmbito da jurisdição contenciosa ou voluntária.

Resta, portanto, viável a tipificação da conduta do falso testemunho prestado durante a audiência de conciliação, ainda que perante o conciliador.

Detectada a falsidade da testemunha, ainda que no seio da audiência de conciliação, conduzida por conciliador, o crime restará consumado.

E as partes, caso venham a faltar com a verdade?

Nesse caso, será possível penalizar a parte faltante com multa, haja vista a conduta atentatória à dignidade da justiça e a prática de má-fé processual.

5. CONCLUSÃO.

O modelo tradicional do processo, em que o magistrado conduz a tramitação do feito do limiar da lide até o seu cabo mostrou-se insuficiente ante o cenário de massificação das lides, atémesmona caracterização dos Juizados Especiais Federais.

A conciliação exhibe-se como solução plausível para desafogar as crescentes pautas de audiências, isso em função da difusão da cultura do acordo, mormente nas causas em que litigam o INSS ou a Caixa Econômica.

Todavia, essa estratégia não se mostra bastante, haja vista a solução albergada pelo art. 16, e §§, da Lei n.º 12.153/2009, que franqueou a possibilidade de qualificar a audiência de conciliação, permitindo que o conciliador, visando a uma maior probabilidade de acordo, de logo ouvir as partes e testemunhas do processo, podendo o magistrado, caso não obtida a conciliação, aproveitar as provas já colhidas e de logo sentenciar, se entender adequado o standard de prova presente no processo e não houver impugnação.

Sobre os percalços para validade da prova, examinou-se as hipóteses previstas na lei, bem como debruçou-se no que se venha a entender sobre a dita impugnação das partes sobre a utilização da prova disposta na audiência de conciliação.

Viu-se que a franquia tem resguardo constitucional (art. 98, inc. I, da CF/88) e tem sintonia com a principiologia que compõe o Juizado Especial. Outrossim, viu-se que a colheita da prova testemunhal, ao menos no âmbito do Juizado Especial, não é atividade privativa do magistrado, haja vista que a pode ser delegada ao juiz leigo (e ao conciliador, por extensão legal).

Por fim, foi objeto de estudo as eventuais implicações penais em havendo falta da verdade das testemunhas, durante a audiência de conciliação.

BIBLIOGRAFIA:

BORRING Rocha, Felipe, Manual Dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais - Teoria e Prática, Editora Gen-Atlas, 2016.

CARDOSO, Oscar Valente, Poderes instrutórios do Conciliador e Lei n.º 12.153/2009, In Revista Dialética Processual, 87, jun/2010.

CHMATALIK, Cristiane Conde, in Enunciados Fonajef Comentados, Editora Juspodivm, 2017.

DIDIER Jr, Fredie, et al, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Editora Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz, A questão do convencimento judicial, artigo, acesso em 20/1/2018, <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17743-17744-1-PB.htm>

NEGRÃO, Theotônio, Novo Código de Processo Civil, Editora Saraiva, 2016.

NERY, Nelson, et al, Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 2015.

**AÇÃO MONITÓRIA: UMA ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE
FORMAL E MATERIAL DAS SÚMULAS DO STJ COM AS
PREVISÕES DO CPC/2015**

*Monitory action: an analysis of the formal and material compatibility of the
precedents of the STJ with the forecasts of the CPC / 2015*

Marco Aurélio Ventura Peixoto

Advogado da União

Mestre em Direito pela UFPE

Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Estácio do Recife

Conselheiro Seccional da OAB/PE

Renata Cortez Vieira Peixoto

Tabeliã de Notas e Protestos

Mestre em Direito pela UNICAP

Professora de Direito Processual Civil da ESA/PE

RESUMO: O artigo aborda a ação monitória no Código de Processo Civil de 2015. Desenvolve-se, inicialmente, uma análise da evolução histórica da ação monitória na ordem jurídica pátria. Na sequência, aborda-se o conceito e a natureza jurídica da ação, o procedimento, a petição inicial, o mandado monitório, as atitudes do réu após a citação, os embargos, a sentença, a apelação e o cumprimento de sentença. Ao final, discute-se a necessidade de persistência das atuais súmulas do Superior Tribunal de Justiça relativas à ação monitória, diante das inovações trazidas pelo Código de 2015.

ABSTRACT: The article deals with the monitory action in the Code of Civil Procedure of 2015. An analysis of the historical evolution of the monitory action in the brazilian juridical order is developed. Following is the concept and legal nature of the action, the procedure, the initial petition, the injunction, the defendant's actions after the summons, the seizures, the sentence, the appeal and the enforcement of sentence. At the end, it is discussed the need for persistence

of the current precedents of the Superior Court of Justice regarding the monitory action, given the innovations brought by the Code of 2015.

1. INTRODUÇÃO

A ação monitória, introduzida na ordem jurídica brasileira por meio da Lei n.º 9.079/95, sempre foi fruto de inúmeros, intensos e acalourados debates na doutrina e nos pátrios tribunais.

Inicialmente incluída em apenas três artigos do Código de Processo Civil de 1973, o tímido disciplinamento demandou a interpretação de muitas de suas variáveis pela doutrina e pela jurisprudência, o que levou inclusive à edição de algumas súmulas nos tribunais superiores.

No Código de Processo Civil de 2015, a ação monitória continua prevista em três artigos, mas com um detalhamento bem mais aprofundado e completo, quando comparado com as prescrições revogadas do Código anterior. Muitas dessas previsões consolidam ou ratificam tais súmulas, o que fez surgir a reflexão da necessidade de se manter ou não tais súmulas vigendo em nossa ordem jurídica. E é esse o objeto do presente estudo.

Inicialmente, far-se-á uma análise da evolução histórica da ação monitória na ordem jurídica pátria, destacando-se inclusive o fato de que, por muito pouco, tal ação não restou excluída do CPC/2015.

Após, no capítulo seguinte, abordar-se-á o conceito e a natureza jurídica da ação. Adiante, analisar-se-á em detalhes o procedimento da ação monitória, passando pela petição inicial, mandado monitório, atitudes do réu após a citação, embargos, sentença, apelação e cumprimento de sentença.

Por fim, no capítulo final, será discutida a necessidade de persistência das atuais súmulas do Superior Tribunal de Justiça relativas à ação monitória, diante das inovações trazidas pelo Código de 2015, bem como se seria ou não o caso de revisão de texto ou de cancelamento das mesmas.

2. HISTÓRICO DA AÇÃO MONITÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tal espécie de ação foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995, sofrendo algumas alterações com a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, quando algumas reformas foram levadas a efeito na sistemática das execuções de obrigação de pagar quantia certa.

Há quem remonte a sua origem ao Direito Romano Canônico, que possuía a figura do “mandatum de solvendo com clausula justificativa”, bem como às Ordenações Manuêlinas, que apresentavam o instituto da “ação de assinação de dez dias”¹.

Revelou-se, em sua criação, como forma diferenciada de tutela jurisdicional, visando a uma solução mais rápida e efetiva para a cobrança do crédito, como uma figura intermediária entre o procedimento cognitivo e o executivo.

Tal introdução se deu, dentre outros fatores, pelo fato de que, não raras vezes, um credor dispunha de um documento escrito, comprovador de seu crédito perante um devedor, mas tal documento não possuía os requisitos necessários para que se lhe fosse conferido o caráter de título executivo. Assim, impedido de se valer da via executiva, só lhe restava ingressar com ação de conhecimento, a fim de buscar a constituição do título, desta feita judicial, o que acabava por atrasar – e muito – a satisfação de seu crédito.

O procedimento foi então concebido para se dividir em duas fases, quais fossem, a primeira, sem contraditório e convencido da prova escrita apresentada pelo autor, com o juiz determinando a expedição do mandado monitório; a segunda, com a possibilidade de contraditório assegurada, com o eventual oferecimento de embargos por parte do devedor.

Assim, o grande objetivo da criação de tal ação, em meados da década de 90, já com o antigo diploma processual tendo completado mais de vinte anos de existência, foi o de uma mais rápida constituição/reconstituição do título executivo, notadamente quando comparado com o tempo que se levaria para dita constituição se a única opção fosse o processo de conhecimento pelo procedimento comum.

Há que se destacar que a ação monitória, no Brasil, baseou-se no modelo do procedimento monitório documental, diferentemente do modelo alemão, austríaco e francês, que seguiram o procedimento monitório puro. No procedimento monitório puro, a prova acaba sendo dispensável, de modo que a ordem de pagamento é dada após exame superficial dos pressupostos de cabimento e da verossimilhança da pretensão. Já no modelo adotado no Brasil, desde a sua introdução no antigo Código de Processo Civil, exige-se a prova escrita como requisito para o seu cabimento, embora o CPC/2015 autorize a utilização de prova oral, desde que documentada (art. 700, §1º).

¹ RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CARDOSO, Igor Guilhem. Análise comparada entre a Ação Monitória no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC. Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, pp. 572/573.

Não obstante a notável importância e a regular e crescente utilização, a ação monitória chegou a ser excluída do texto do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas constituída em 2009 no Senado Federal, bem como do texto aprovado em 2010 pelo mesmo Senado Federal, o que causou perplexidade entre boa parte dos pensadores e operadores do Direito.

Dita ação foi reintroduzida no texto do novo Código, quando do substitutivo apresentado e aprovado na Câmara dos Deputados e depois novamente aprovado no Senado Federal, com algumas substanciais inclusões e alterações, em se comparando com o procedimento previsto no diploma revogado, que serão objeto de análise mais adiante.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A ação monitória é uma tutela diferenciada que, por meio da adoção da técnica de cognição sumária para a concessão do mandado monitório e do contraditório diferido, que permite a prolação da decisão antes da oitiva do réu, busca facilitar procedimentalmente a obtenção de um título executivo, naquelas situações em que o credor tiver prova suficiente para convencer o juiz, em cognição não exauriente, da provável existência do direito.²

Não se pode indicar que a via da ação monitória é impositiva, mas sim facultativa, visto que o credor, detentor da prova escrita, poderá optar perfeitamente pela utilização da ação de conhecimento pelo rito comum, caso assim deseje. Dessa forma, o procedimento especial, ora revelado pelos arts. 700 a 702 do Código de Processo Civil de 2015, é uma opção do credor que desejar uma via mais efetiva e sumária à satisfação de seu crédito.

Apesar de estar incluída no CPC/2015, como já o era no CPC/1973, no rol dos procedimentos especiais, ainda persistem divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica da ação monitória.

Há uma posição minoritária, abordada dentre outros por Vicente Greco Filho³, que defende que a natureza é de processo executivo, sendo uma figura mista, um intermédio entre a ação de conhecimento e a ação de execução, com predominância da força executiva, o que seria o bastante para entendê-la como demanda executiva de título extrajudicial.

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 923.

³ GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 49/50.

Para outros, como é o caso de Humberto Theodoro Júnior⁴ e Antônio Carlos Marcato⁵, a ação monitória revela natureza de novo processo, já que não há oportunidade de defesa ao demandado (inexiste contestação), o contraditório é eventual e diferido no tempo, bem como pelo fato de que o procedimento tem duas fases, uma de cognição e outra de satisfação.

A corrente majoritária, que parece mais adequada à realidade e aos fins de criação da ação, sustenta que a ação monitória é ação de conhecimento dotada de procedimento especial. Os argumentos no sentido de que a ação monitória apresenta algumas características específicas, como contraditório diferido e duas fases numa mesma ação, são rebatidos porque ditas particularidades estão presentes em outros procedimentos especiais do processo de conhecimento, não sendo, por si sós, suficientes para o surgimento de um novo processo.⁶

A verdade é que, independentemente do posicionamento, as divergências quanto à natureza jurídica não dificultam ou inviabilizam o uso da ação. É, portanto, um procedimento diferenciado, não importando se as suas especificidades de procedimento são ou não suficientes para gerar um novo tipo de processo, mas que tem, como já registrado, grande aplicação prática na rotina forense.

4. PROCEDIMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA

4.1. PETIÇÃO INICIAL

Há que se registrar inicialmente que, para a propositura de uma ação monitória, revela-se indispensável a existência de prova escrita, sem eficácia de título executivo, restringindo-se às obrigações de pagar quantia, entregar coisa, fazer e não fazer.

Revela-se assim, como já dito linhas atrás, a acertada opção do legislador brasileiro pelo procedimento monitório documental, que exige a prova literal, ao invés do que ocorre no procedimento monitório puro (modelo austríaco, alemão e francês), quando basta a alegação da existência do direito de crédito, dispensando-se a prova no momento da propositura.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 360.

⁵ MARCATO, Antonio Carlos. O processo monitório brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 8.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, pp. 924/925.

É da incumbência do magistrado a análise da prova trazida pelo autor. Como não se trata de um título executivo, cuja existência no rol se caracteriza de modo objetivo, é preciso uma análise pelo juiz acerca da aceitação daquele documento com elemento caracterizador ou não do crédito, para fins de admissibilidade da ação monitória.

Diferentemente do que ocorria no diploma anterior revogado, o art. 700, §1º, do Código de 2015 admite que a prova escrita seja uma prova oral documentada produzida de forma antecipada nos termos do art. 381. Alguns autores, como Cândido Dinamarco, Nelson e Rosa Nery e Ernane Fidélis dos Santos, defendem que não se deveria admitir a prova produzida unilateralmente pelo autor, exigindo-se alguma participação do réu em sua formação. O Superior Tribunal de Justiça não acolhe tal entendimento, compreendendo que se pode ter prova escrita sem a necessária participação do réu em sua formação.⁷

É muito comum que essa prova escrita, que embasa a ação monitória, seja um documento que já foi título executivo, mas que, por alguma razão ou fundamento, deixou de ser, como ocorre em regra com o cheque ou a nota promissória prescritos. Comum também o é que sejam documentos que, não obstante não sejam nem nunca foram títulos executivos, guardam praticamente todas as características, como o contrato particular sem a assinatura de duas testemunhas, a duplicata sem aceite ou o contrato de abertura de crédito em conta corrente com demonstrativo de débito.

Na vigência do Código anterior, era comum a discussão quanto à admissão da ação monitória em face de incapaz. Isto porque, se no procedimento comum o incapaz poderia ser réu, parecia estranho admitir o mesmo no caso da monitória, visto que o silêncio do réu ao não efetuar o pagamento traria consequências ainda mais danosas que a revelia. Ocorre que, no CPC/2015, o art. 700, em seu caput, estabelece de modo expresso que o devedor deve ser capaz. De todo modo, é de se asseverar que, no caso, não se cuida de ilegitimidade passiva, porque o incapaz não deixa de ser o suposto responsável pela dívida, e sim de ausência de interesse de agir, em face da inadequação da demanda monitória no caso.⁸

A petição inicial da ação monitória não apresenta maiores complexidades ou requisitos. Deve-se obedecer, como de costume, aos requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil, cumprindo-se, ainda, os mandamentos do art. 700, §2º, quais sejam:

⁷ RESP 925.584/SE, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 09.10.2012; AgRg no RESP 1.248.167/PB.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 930

Art. 700. (...)

(...)

§ 2º Na petição inicial, incumbe ao autor explicitar, conforme o caso:

I - a importância devida, instruindo-a com memória de cálculo;

II - o valor atual da coisa reclamada;

III - o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido.

O STJ entende que é desnecessária a descrição dos fatos que levaram à constituição da dívida, aliás como já ocorre também nas execuções de títulos extrajudiciais. A Súmula 531 daquele tribunal, por exemplo, afirma que nas ações monitórias fundadas em cheque prescrito ajuizadas contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente.

A emenda à petição inicial, contida no art. 321 do Código de 2015, é de ser admitida também nas ações monitórias, como na eventual hipótese de não se acostar o demonstrativo de débito, quando se pede quantia certa.

Outrossim, o §5º do art. 700 prevê que, se houver dúvida quanto à idoneidade da prova documental apresentada pelo autor, o juiz fará sua intimação, para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum. Revela-se acertada a opção desenvolvida pelo legislador, e vantajosa para o autor, visto que, ao invés do juiz indeferir a inicial e extinguir o feito sem resolução do mérito – já que a discussão quanto à idoneidade da prova documental não é de ser debatida na ação monitória –, permite que o autor faça a emenda, o que minimiza o prejuízo de ter que ajuizar outra ação, desta feita pelo rito comum, priorizando-se o exame do mérito, nos termos do art. 4º do CPC.

O indeferimento da petição inicial de uma ação monitória, além das hipóteses regulares do art. 330 do CPC/2015, pode vir a ocorrer quando o autor não atender ao disposto no já citado e transcrito §2º do art. 700, que apresenta requisitos específicos para a petição inicial. Cuida-se de sentença, atacável, portanto, pela via do recurso de apelação.

4.2. O MANDADO MONITÓRIO

O art. 701 do CPC/2015 prevê que, sendo evidente o direito do autor, o juiz haverá de expedir o mandado de pagamento, entrega da coisa ou para execução da obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu o prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento o pagamento de honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) do valor atribuído à causa.

Há na doutrina algumas correntes quanto à natureza jurídica do pronunciamento do juiz que ordena a expedição do mandado monitório, sendo despacho de mero expediente para alguns, sentença para outros e decisão interlocutória para outros tantos.

A minoria entende que se cuida de despacho de mero expediente, tratando-se de mero ato de impulso processual e sem qualquer carga decisória, que serviria para informar ao devedor da existência da ação e lhe convidar ao oferecimento dos embargos⁹. Parece frágil esse argumento, mormente porque é evidente que há carga decisória neste pronunciamento inicial do magistrado, já que ele terá que ter avaliado a regularidade formal da exordial, bem como se a prova apresentada era suficiente – ainda que em análise superficial –, para o oferecimento da ação.

Para outros, teria esse pronunciamento a natureza jurídica de sentença¹⁰, fazendo-se a comparação da monitória com o processo contumacial, de modo que a não apresentação dos embargos equivaleria à falta de apresentação da contestação na ação de conhecimento¹¹. Seria, assim, uma sentença condenatória, visto que, além de tornar certa a exigência da obrigação substancial ajuizada, abre o caminho para a execução forçada¹². Também não merece guarida tal posição, porque mesmo no processo de conhecimento a contumácia é rara e atípica, ao passo em que na ação monitória a inércia do réu se revela como um dos pressupostos. Ademais, no processo de conhecimento, mesmo havendo revelia, tal não leva necessariamente à vitória autoral, diferentemente do que ocorre na monitória, visto que a omissão leva necessariamente à constituição do título executivo.

Já para uma outra parcela considerável dos autores brasileiros, a natureza do pronunciamento é de decisão interlocutória, já que na manifestação inicial o juiz desenvolve uma cognição ainda restrita e não há o efetivo contraditório antes da manifestação¹³.

Parece-nos acertada a posição acima, de que o pronunciamento cuida-se de decisão interlocutória, ainda mais porquanto o art. 701 expressamente consigna que o magistrado somente deferirá a expedição do mandado monitório se reputar evidente o direito do autor, após a análise da documentação apresentada, revelando-se a decisão respectiva como hipótese de tutela da evidência, que inclusive autoriza o contraditório postergado, nos termos do art. 9º, parágrafo único, inciso III do CPC.

⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Ação Monitória. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 98/99.

¹⁰ O STJ tem entendimento reconhecendo a natureza de sentença, desde que não haja resistência do réu (RESP 1.120.051/PA, relator Ministro Massami Ueda).

¹¹ BERMUDEZ, Sérgio. Ação monitória: primeiras impressões sobre a Lei n.º 9.079, de 14.7.1995. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord). Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 275.

¹² GUERRA, Willis Santiago. Ação Monitória. In Revista de Processo, vol. 81, jan. 1996, pp. 49/50.

¹³ TALAMINI, Eduardo. Tutela monitória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 115.

4.3. ATUAÇÃO DO RÉU APÓS A CITAÇÃO

Independente da natureza jurídica que se queira atribuir ao mandado monitório, o réu haverá de ser citado, para que em 15 (quinze) dias cumpra a respectiva obrigação, a teor do que está disposto no art. 701 do CPC/2015.

Pela redação contida no art. 1.102-B do CPC anterior, havia discussão se era possível que a citação se concretizasse por outro meio que não por oficial de justiça, já que se cuidava de “mandado de pagamento e de entrega de coisa”.

No entanto, o CPC/2015 prevê expressamente em seu art. 700, §7º, que se admite a citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum. Assim, combinando-se com o art. 246, é possível se citar o devedor pelo correio, por oficial de justiça, pelo próprio escrivão ou chefe de secretaria, por edital e por meio eletrônico. Para tanto, sendo eletrônicos os autos, a prioridade será pela citação eletrônica; sendo físicos, a prioridade será a efetivação pela via postal. A citação por edital, mesmo diante da aparente omissão legislativa no Código de 1973, já era admitida pelo STJ¹⁴. Agora, mais do que nunca, em função do art. 700, §7º, passa a ser via plenamente cabível para a concretização da citação.

Não há audiência de mediação e conciliação na ação monitória, visto que o procedimento do art. 334 do CPC/2015 é para as ações que tramitem pelo rito comum, o que não é o caso. Assim, o prazo de 15 (quinze) dias é contado pela forma regular prevista no diploma processual. Havendo litisconsórcio no polo passivo, o prazo começa da última citação realizada.

Caso haja o pagamento ou o cumprimento da ordem de entrega, de fazer ou de não fazer, no prazo legal, o art. 701, §1º isenta o pagamento das custas processuais, demonstrando a intenção do legislador com o que se convencionou chamar de sanção positiva ou premial, como modo de estimular o cumprimento da obrigação no prazo legal.

Concretizada a citação, o devedor dispõe de quatro atuações possíveis nos autos, quais sejam: a) o cumprimento da obrigação; b) o cumprimento da obrigação de forma parcelada; c) a inércia; d) a defesa por meio de embargos ao mandado monitório.

A primeira atitude, e obviamente a mais desejada pelo credor, é o cumprimento integral, por parte do devedor, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, pagando o valor da dívida, entregando a coisa, realizando prestação de fazer ou desfazendo o que não se deveria ter feito.

¹⁴ A Súmula 282 do STJ diz que “cabe a citação por edital em ação monitória”.

Não se faz necessário sequer constituir advogado para o cumprimento da obrigação, já que a conduta terá o caráter material e não processual. Possível é de se imaginar ainda que outros interessados em liberar o devedor da obrigação também poderão fazê-lo, como é o caso do cônjuge, companheiro ou fiador.

Nada impede ainda que o devedor cumpra a obrigação parceladamente, mas dentro do prazo de 15 (quinze) dias. Assim, restará cumprida a obrigação, não havendo que se falar em preclusão¹⁵.

Havendo tal cumprimento integral, o devedor deve pagar também os honorários advocatícios, que nos termos do art. 701, caput, do CPC/2015, são de 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Sendo assim cumprida a obrigação e pagos os honorários, o juiz deve intimar o autor para que se manifeste sobre a satisfação da obrigação, em prazo a ser por ele assinalado. Após o transcurso do referido prazo, com ou sem manifestação do autor, os autos seguem ao juiz, a fim de que seja prolatada sentença de mérito, em respeito ao art. 487, I, do CPC/2015.

Não há que se ignorar a possibilidade do devedor cumprir a obrigação, mas apenas parcialmente. Isto porque o art. 701, §5º do CPC/2015 previu que se aplica à ação monitória o prescrito no art. 916, viabilizando assim que o devedor, reconhecendo o crédito e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor exequendo, acrescido das custas e honorários advocatícios¹⁶, requeira permissão para pagar o saldo remanescente em até 06 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. Tal pedido não precisa ser feito por advogado, podendo a parte ré fazê-lo diretamente, sem a necessidade de comprovação da capacidade postulatória.

O STJ tem firmado o entendimento¹⁷ de que o sobredito parcelamento não pode ser considerado direito potestativo do devedor, sendo uma técnica de cumprimento da obrigação fruto do exercício de uma faculdade legal. A solução parece ter sido encampada pelo CPC/2015, que prevê a intimação do credor para se manifestar sobre o preenchimento dos pressupostos legais, antes da decisão do juiz (art. 916, §1º).

¹⁵ CARVALHO, Antonio. A Tutela Monitória no CPC/2015. In DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC. Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 547.

¹⁶ Os honorários, nesse caso, não estão restritos ao disposto no art. 701, caput, já que não estará ocorrendo o cumprimento integral, de modo que o juiz, se não os houver fixado no pronunciamento inicial, deverá fazê-lo por nova decisão interlocutória.

¹⁷ RESP 1.264.272/RJ.

Não deve o juiz, nessa hipótese, proferir de logo sentença, declarando extinta a obrigação. A decisão deve ser interlocutória, de modo a que a sentença somente venha a ser proferida após o pagamento da última parcela, momento em que a obrigação restará satisfeita. Na eventualidade de, concedido o parcelamento, o devedor descumprir sua obrigação, deve ocorrer a consequência do art. 916, §5º, gerando o vencimento das prestações subsequentes e a imposição ao executado de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas, constituindo-se ainda o título judicial sobre estas prestações.

O terceiro ato possível ao réu, na ação monitória, e sem dúvida o mais indesejado, é a sua inércia, isto é, deixar de cumprir a obrigação e não se defender por meio dos embargos. A consequência para tanto, conforme leciona o art. 701, §2º, do CPC/2015, é a constituição de pleno direito do título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade. Assim, o simples silêncio do devedor já é o suficiente para constituir o título, não demandando que o juiz venha a prolatar sentença para tanto.

Sobre a formação da coisa julgada material, na hipótese acima referida, Marcela Melo Perez¹⁸ considera não haver coisa julgada pelo fato de ser cabível ação rescisória contra a decisão prevista no caput do art. 701, caso não haja cumprimento do mandado nem apresentação de embargos (art. 701, §3º). Segundo a autora, a mencionada decisão, concessiva de tutela da evidência, é proferida com esteio em cognição sumária, o que impede a formação da res iudicata; além disso, a coisa julgada material não é mais pressuposto para o cabimento da ação rescisória, dada a hipótese contida no art. 966, §2º do CPC (decisões terminativas que impedem a repropositura da ação e que autorizam o manejo da rescisória).

No mesmo sentido, porém com esteio em outros argumentos, Natália Diniz da Silva¹⁹, após inserir o procedimento monitorio como espécie de tutela diferenciada, conclui que provimentos de tal espécie – baseados em cognição sumária – podem ou não fazer coisa julgada material, a qual não está atrelada à natureza da decisão, mas a uma opção do legislador. Assim, entende que a decisão do art. 701, em caso de não pagamento e de não oferecimento dos embargos, não faz coisa julgada porque é sempre provisória, porquanto está sempre “aguardando

¹⁸ In: CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coordenadores). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1010 e 1011.

¹⁹ SILVA, Natália Diniz da. Estabilização da tutela jurisdicional diferenciada. Data de defesa. 228 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001, p. 164.

uma confirmação final do Poder Judiciário (...). No máximo, essas decisões são atingidas por uma preclusão endoprocessual, cujos efeitos práticos aproximam-se muito da coisa julgada”. Conclui, então, que “Com a preclusão pro iudicato que ocorre o fenômeno da estabilização da tutela diferenciada”.

A nosso ver, assiste razão a Natália Diniz da Silva ao afirmar que as decisões embasadas em cognição sumária podem ou não fazer coisa julgada material, o que será definido pelo legislador. Entrementes, reputa-se que há coisa julgada material na espécie²⁰. Isso porque, no caso da ação monitória, expressamente restou previsto o cabimento da ação rescisória no art. 701, §3º, de modo que, segundo aqui se pensa, a opção do legislador, no caso, foi a de que a decisão do caput do art. 701, na hipótese do §2º, faz coisa julgada material, embora tomada com base em cognição sumária²¹.

Ressalte-se que as exceções previstas no art. 966, §2º relacionam-se ao cabimento da rescisória contra decisões terminativas, enquanto que, no caso do art. 701, §3º, a rescisória pode ser manejada em face de decisão de mérito, embora fundada em cognição sumária. Por isso, não se aplicaria o segundo argumento utilizado por Marcela Perez para sustentar que não há coisa julgada material.

Feitas tais considerações sobre a coisa julgada, é importante consignar, ainda, que, mantendo-se inerte o devedor, não haverá de se beneficiar da isenção das custas processuais, que por ele deverão ser ressarcidas, nem tampouco dos honorários de 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa, visto que tal valor se revela apenas para as situações de cumprimento integral da obrigação. Assim, no caso dos honorários, se o juiz não os houver estabelecido no pronunciamento inicial, deverá fazê-lo por nova decisão.

²⁰ Considerando-se que a dissertação foi apresentada pela autora em 2014, o trabalho não levou em conta a redação final do CPC/2015, razão pela qual a autora poderá modificar a conclusão final, em face do disposto no art. 701, §3º do CPC/2015.

²¹ Eduardo José da Fonseca Costa (In: A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas. Disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>, capturado em 25.11.2016) defende que a decisão de estabilização da tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada material, por expressa determinação legal, diferentemente da decisão prevista no art. 701, na hipótese do §2º: “Ao contrário do que defende Bruno Garcia Redondo, o §6º, do art. 304 parece vedar, por completo, a existência da coisa julgada. Não há qualquer indicação de que essa estabilização poderia se transformar em coisa julgada material após passados os dois anos da ação de revisão. A discussão, de fato, não deve passar pela (in)existência de cognição exauriente, uma vez que nada impediria que o legislador impusesse a produção da coisa julgada material nesse procedimento. Situação semelhante ocorre na ação monitória, em que, mesmo uma tutela de evidência – também de cognição provisória –, tem aptidão para, caso não seja embargada, ser acobertada pela coisa julgada material (art. 701, CPC/2015). O óbice existente para esse novo procedimento é legislativo, não cabendo à doutrina modificar a natureza da estabilização para a coisa julgada. É uma tentativa de suprir uma lacuna axiológica[5] de forma ilegítima, devendo ser afastada”.

A quarta e última atuação que pode advir da parte devedora, na ação monitória, é o oferecimento de embargos, no prazo de 15 (quinze) dias, os quais serão objeto de análise no subitem a seguir.

4.4. EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO

Diferentemente do que ocorre com os embargos de devedor na execução, os embargos ao mandado monitório não têm natureza de ação²², mas sim de defesa incidental do réu na ação monitória, razão pela qual são oferecidos nos próprios autos da ação, dentro do prazo de 15 (quinze) dias que o devedor teria para satisfazer a obrigação.

A exemplo do que ocorrida no Código revogado, o oferecimento dos embargos suspende a eficácia do mandado monitório (efeito suspensivo automático), até que haja o julgamento em primeiro grau, de acordo com o contido no §4º do art. 702.

A matéria de defesa, conforme o §1º do art. 702, é ampla, já que os embargos poderão se fundar em qualquer matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum.

Consoante já se previa no art. 1.102-C do diploma revogado, não há necessidade de prévia garantia do juízo para fins de oferecimento dos embargos, de modo que nada se poderá exigir do devedor para que assim promova a sua defesa.

Uma interessante novidade trazida pela legislação de 2015 reside no §2º do art. 702, de sorte que, caso o devedor alegue que o credor está a pleitear quantia superior à efetivamente devida, deve declarar de imediato o valor que entende correto e apresentar demonstrativo discriminado e atualizado da dívida. Se assim não proceder, os embargos devem ser de logo rejeitados, caso esse tenha sido o seu único fundamento. Se havia outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz não examinará a alegação do excesso. De todo modo, é de se realçar que, para compatibilizar tais ditames com o princípio da primazia do mérito, deve-se oportunizar ao réu a chance de emendar os embargos ou então de sanear-los, caso o juiz somente constate isso após a resposta do autor.

²² Não é pacífico o debate acerca da natureza jurídica dos embargos ao mandado monitório. Para alguns, como Sérgio Bermudes, Antonio Carvalho, Humberto Theodoro Jr., Daniel Neves, Vicente Greco Filho, Antônio Carlos Marcato e Ernane Fidélis dos Santos, têm natureza de ação. Para outros, como Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ada Pellegrini Grinover e Willis Santiago Guerra, têm natureza de contestação.

Respeitando-se o contraditório efetivo, bastante prestigiado no CPC/2015, deve-se abrir ao autor a oportunidade para responder aos embargos, no prazo de 15 (quinze) dias. Consolidando pensamento do STJ sobre o tema²³, o § 6º do art. 702 admite a reconvenção por parte do réu, gerando assim uma cumulação do pedido nos embargos de pretensão que guarde conexão com o pedido principal da monitória ou com o fundamento de resistência dos embargos. Não se permite, por outro lado, reconvenção de reconvenção.

Previsão inovadora interessante, desta feita contida no §7º do art. 702, é a de que o juiz pode mandar que os embargos sejam autuados em apartado, caso meramente parciais (situação em que o devedor não discute a dívida integral), constituindo-se de pleno direito o título executivo em relação à parcela tida por incontroversa.

4.5. SENTENÇA, APELAÇÃO E SEUS EFEITOS

A sentença dos embargos ao mandado monitório pode apresentar três possíveis consequências, quando questionado o débito contido na prova escrita apresentada pelo autor, quais sejam: a procedência dos embargos, a procedência parcial dos embargos e a improcedência dos embargos.

Sendo o resultado pela procedência, declara-se que inexistente o crédito autoral. Caso seja pela improcedência, a consequência é a estatuída pelo art. 702, §8º, do CPC/2015, qual seja, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial, com o consequente início da fase de cumprimento de sentença.

Por seu turno, em vindo a ocorrer a procedência parcial dos embargos do réu, há duas consequências possíveis e concomitantes. Primeiro, em relação à parte que foi procedente, declara-se que o débito não existe. Segundo, em relação à parte que não foi acolhida, constitui-se o título executivo estritamente em relação a essa parcela.

O legislador previu ainda no art. 702, em seu §11, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, que o juiz, na sentença de improcedência dos embargos, deve condenar o réu que tiver oferecido tal defesa de má-fé, com a consequente condenação ao pagamento de multa de até 10% sobre o valor atribuído à causa, cujo valor reverterá para o autor.

²³ O STJ entende, pela Súmula 292, que a reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário.

Naturalmente, como não poderia ser diferente, o §9º do art. 702 previu que da sentença que acolher ou que rejeitar os embargos caberá o recurso de apelação. O debate que se instaura reside na atribuição ou não do efeito suspensivo, quando a sentença for de improcedência ou de procedência parcial dos embargos.

Quando do CPC anterior, o entendimento majoritário era de recebimento do apelo no duplo efeito, pela inexistência de regra que excetuasse essas hipóteses no art. 520 revogado. Por outro lado, ainda que minoritária, salvo melhor juízo, a corrente contrária parecia mais adequada, no sentido de que se deveria receber o apelo apenas no efeito devolutivo, a fim de compatibilizar com a exceção prevista para os embargos à execução (regra agora contida no art. 1.012, §1º, III)²⁴.

No Código de 2015, ainda que não haja expressamente essa exceção no art. 1.012, que cuida dos efeitos no recurso de apelação, é de se depreender da leitura dos §§ 4º e 8º do art. 702, que parece ter sido a opção do legislador acatar a corrente minoritária, quanto à não atribuição do efeito suspensivo quando a decisão for pela rejeição integral ou parcial dos embargos. A previsão do §4º é bem marcante, quando se afirma que os embargos suspendem o mandado monitório até o julgamento em primeiro grau, o que leva a entender que, sendo julgados os embargos, e não acolhidos, cessa a eficácia suspensiva por eles gerada.

Assim sendo, não havendo efeito suspensivo automático em caso apelação interposta contra a decisão de improcedência ou de procedência parcial dos embargos, será possível o seu cumprimento provisório. Ademais, para atribuição de efeito suspensivo, deverá ser formulado requerimento dirigido ao tribunal ou ao relator (art. 1.012, §3º).

4.6. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Sendo constituído o título executivo judicial, quer pela inércia do devedor, quer pela rejeição dos embargos ao mandado monitório, é de se iniciar a fase de cumprimento de sentença, o que permite ao devedor pleitear a aplicação de medidas executivas com vistas à satisfação do crédito.

Ainda que o devedor tenha tido a oportunidade de se defender nos autos da ação monitória, não há que se sustentar a tese de que não caberia a defesa no cumprimento de sentença do título aí formado. Como bem salienta Daniel

²⁴ Nesta linha, CARVALHO, Antonio. A Tutela Monitória no CPC/2015. In DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC. Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 564.

Neves, o cabimento da defesa é inegável, havendo dissenso na doutrina apenas quanto aos seus limites²⁵.

Havendo embargos ao mandado monitório, com defesa de mérito, estará o devedor limitado, na sua futura impugnação ao cumprimento de sentença, às matérias do art. 525, §1º, porque a existência do direito material já estará protegida pela coisa julgada material da sentença dos embargos na monitória.

Por outro lado, se não houve embargos, há posição minoritária que defende que a defesa deve ser ampla, com todas as matérias de defesa possíveis, já que não teria ocorrido decisão a respeito do direito material. A maioria, em verdade, sustenta, como é o caso de Antônio Carlos Marcato²⁶, que não tendo o réu embargado o mandado monitório, não se lhe garante abordar, na impugnação ao cumprimento de sentença matérias que deveriam ter sido arguidas nos embargos da ação monitória. Assim, caso resolva oferecer impugnação, no caso, sua defesa deverá ser restrita às matérias que constam do rol do art. 525, §1º, do CPC.

5. A (DES) NECESSIDADE DE REVISÃO OU CANCELAMENTO DAS SÚMULAS QUE TRATAM DE AÇÃO MONITÓRIA, APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

Até março de 2016, não havia qualquer regra que determinasse a observância obrigatória dos precedentes relacionados às súmulas dos tribunais superiores, exceto as regras pertinentes às súmulas vinculantes, por força do art. 103-A da Constituição. Embora houvesse o costume de seguir os enunciados sumulares do STF e do STJ, não se reputava tal conduta como obrigatória, posto que os precedentes respectivos não eram dotados de efeito vinculante, de modo que não era incomum a prolação de decisões em sentido contrário às teses estabelecidas nos referidos provimentos judiciais.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 926, impõe aos tribunais o dever de uniformização da jurisprudência e, em seu art. 927, enumera provimentos judiciais que têm aptidão para formar precedentes com efeito vinculante, dentre os quais foram incluídas as súmulas do STJ e do STF (inciso IV).

Especificamente no tocante às súmulas, exige ainda o art. 926, §1º que, na edição dos seus enunciados, devem os tribunais “ater-se às circunstâncias fáticas

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 946.

²⁶ MARCATO, Antonio Carlos. O processo monitório brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113.

dos precedentes que motivaram sua criação”, devendo também, obviamente, editá-los em conformidade com a *ratio decidendi* dos precedentes que lhes deram origem.

Além disso, o art. 489, §1º, incisos V e VI, reputa sem fundamentação a decisão judicial que “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” e que “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”.

Assim é que há um novo regime, previsto no CPC/2015, notadamente em relação às súmulas dos tribunais superiores: os precedentes que lhes deram origem são vinculantes; a edição das súmulas deve estar atrelada à situação fática e jurídica dos precedentes que lhes deram origem; a decisão judicial que aplicar os enunciados respectivos deve identificar a *ratio decidendi* de tais precedentes e demonstrar que tais fundamentos aplicam-se ao caso a ser julgado, a partir da comparação da situação fática de ambos (o paradigma e o caso concreto); a decisão que deixar de aplicar os enunciados sumulares invocados pelas partes deve justificar tal inaplicabilidade, por meio da demonstração de distinção ou de superação do precedente; e a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula pode ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (art. 927, §2º).

A atribuição de efeito vinculante aos precedentes relacionados às súmulas acarreta uma série de consequências, previstas no CPC/2015²⁷, a saber: a) cabe tutela da evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II); b) cabe improcedência liminar do pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ ou do tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, I e IV); c) o dever de fundamentação aplica-se à indevida aplicação das súmulas em geral (art. 489, §1º, V e VI); d) o relator pode negar provimento a recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (art. 932, IV, “a”); e) o relator pode, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (art. 932, V, “a”); f) só cabe reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (art. 988, III); g) são cabíveis embargos de declaração em caso de violação do art. 489,

²⁷ Houve uma evidente ampliação de tais consequências no CPC/2015 relativamente ao CPC/73.

§1º, V e VI do CPC (art. 1.022, parágrafo único, II); h) não se aplica o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior (art. 496, §4º, I); i) na execução provisória, fica dispensada a caução quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do STF ou do STJ; j) o relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (art. 955, parágrafo único, I); k) e cabe ação rescisória, com esteio na hipótese de violação manifesta da ordem jurídica (art. 966, V), contra decisão baseada em enunciado de súmula que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (art. 966, §5º).

Em função de tal regramento, faz-se necessária uma análise das súmulas dos tribunais superiores, a fim de constatar se há adequação de seus enunciados ao texto do CPC/2015²⁸, material e formalmente, e, conseqüentemente, de verificar quais deles eventualmente devem ser cancelados, por restarem superados e quais devem ser revisados. É o que se fará, então, no que diz respeito às súmulas do STJ que tratam da ação monitória, em ordem crescente dos enunciados aprovados pelo referido tribunal superior.

Importante destacar que, no presente ensaio, parte-se do pressuposto de que o disposto no art. 927 aplica-se às súmulas editadas e aprovadas antes da vigência do CPC/2015²⁹, desde que seus enunciados sejam compatíveis material e formalmente com o novo diploma processual. Na análise da compatibilidade formal, levam-se em conta dois fatores, que são reputados mais relevantes: se o enunciado da súmula foi elaborado com base na jurisprudência dominante do tribunal; e se a tese contida no enunciado está de acordo com a situação fática e com a ratio decidendi dos precedentes que originaram súmula. No aspecto material, analisa-se se o conteúdo do verbete sumular está de acordo com as previsões do CPC/2015 ou se há regra em sentido contrário no novo diploma processual, que importe na eventual superação ou revisão do enunciado. Passa-se agora a analisar tais súmulas, atinentes à ação monitória, utilizando-se dos critérios apontados nos parágrafos anteriores:

²⁸ Análise similar deve ser realizada no tocante a todos os recursos repetitivos que tratam da ação monitória, porém, dada a extensão do presente artigo, a temática será abordada em outro ensaio.

²⁹ O tema, que é controverso, não será objeto de discussão no presente artigo, dada a sua especificidade e complexidade, merecendo análise aprofundada em trabalho distinto.

a) Súmula de nº 247³⁰: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”

Analizando-se os precedentes que deram ensejo à edição da sobredita súmula³¹, verifica-se que havia divergência sobre a natureza do contrato de abertura de crédito (cheque especial) assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato da movimentação da conta e da planilha de débito: se era título executivo extrajudicial ou se era documento hábil à propositura da ação monitória. Considerando a controvérsia, algumas partes optavam pela propositura da ação monitória, o que ensejava, por vezes, a extinção do processo sem exame do mérito, por falta de interesse de agir. Reconhecia, então, o STJ, que, diante do dissenso jurisprudencial, o banco poderia optar pela ação monitória, para não correr o risco de ver o processo executivo extinto sem resolução do mérito, reconhecendo-se que “não se pode obrigar o credor a utilizar a execução quando ele próprio tem dúvidas acerca da liquidez e certeza da dívida”. Posteriormente, definiu o STJ, nos Embargos de Divergência no REsp nº 108.259/RS, de 20.09.99, que tal documento não constitui título executivo extrajudicial, ratificando-se, portanto, o cabimento da ação monitória³².

O CPC/2015 não inseriu o contrato de abertura de crédito, acompanhado do demonstrativo de débito, no rol dos títulos executivos extrajudiciais (art. 784), de modo que o referido documento deve continuar a ser considerado prova escrita da obrigação de pagar quantia em dinheiro sem eficácia de título executivo, razão pela qual continua sendo cabível a ação monitória.

Ainda que fosse considerado título executivo extrajudicial, tal documento poderia dar ensejo à propositura da ação monitória, dada a redação do art. 785 do CPC, que assegura ao credor a escolha entre as técnicas executivas: “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

O conteúdo da súmula nº 247 do STJ, portanto, está de acordo com o CPC/2015. Quanto à forma, havia efetivamente jurisprudência predominante sobre o tema e a redação do enunciado está de acordo com a situação fática e com a ratio de tais precedentes.

³⁰ publicada no DJ de 05.06.2001.

³¹ Veja-se o inteiro teor do REsp 146511/MG, julgado em 23.11.98, DJ de 12.04.1999.

³² Veja-se o inteiro teor do REsp 178373/MG, julgado em 16/12/1999, DJ de 20.03.2000.

b) Súmula nº 282³³ : “Cabe a citação por edital em ação monitória”

Por meio da leitura dos precedentes indicados pelo STJ como ensejadores da aprovação da mencionada súmula, verifica-se que alguns juízes e tribunais, baseados em discussão doutrinária sobre o tema, reputavam não ser cabível qualquer tipo de citação ficta (por hora certa ou por edital) na ação monitória, visto que o art. 1.102b do CPC/73 pretendia que o réu recebesse diretamente o mandado de pagamento. Se o réu não fosse encontrado, a ação monitória perderia utilidade, não sendo adequada a citação ficta, visto que o curador especial eventualmente designado não tem condições de cumprir o objetivo da ação – o pagamento – podendo, apenas, oferecer embargos. Nesse sentido foi o voto do Relator, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp nº 173.591³⁴, julgado pela 2ª Seção do STJ. No referido recurso, entretanto, foi proferido voto de vista pelo Min. Cesar Asfor Rocha, o qual reputou cabível a citação por edital, por três razões: a) o art. 1.102b do CPC/73, além do mandado de pagamento, também continha a ordem de citação; b) a referida regra não restringia a citação por edital na monitória, o que fazia incidir o art. 231 do CPC/73; c) não sendo aceita a citação ficta, o autor teria que desistir da ação monitória para ingressar com ação de conhecimento, utilizando a mesma documentação, pagando novas custas, o que importaria em violação do princípio do aproveitamento dos atos processuais. Nesse julgado, apesar do voto divergente do Min. Cesar Asfor Rocha, prevaleceu o voto do Relator, de modo que sequer tal julgado poderia ser indicado como precedente da súmula em questão.

No REsp 297413/MG, julgado em 20.03.2001, DJ de 28.05.2001, reconhecendo-se que a matéria era divergente no âmbito do próprio STJ, decidiu-se que era cabível a citação editalícia, com base em argumentos doutrinários e, também, com esteio nos fundamentos do voto vencido do Min. Cesar Asfor Rocha, acima elencados. No REsp 297421/MG, julgado em 09.05.2001, DJ de 12.11.2001, a Segunda Seção do STJ superou o primeiro precedente e decidiu, por maioria, pelo cabimento da citação editalícia.

Com base em tais precedentes, sequer poderia ser editada a súmula em questão, posto que as súmulas deveriam ter por base a jurisprudência predominante do tribunal, verificando-se, no caso, a controvérsia sobre o tema.

³³ Publicada no DJ de 13.05.2004

³⁴ Julgado em 10.05.2000, DJ de 18.09.2000.

Em todo o caso, a súmula passou a ser aplicada pelo STJ e o seu teor é ratificado pelo art. 700, §7º do CPC/2015, que admite, na ação monitória, a citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum, inclusive as citações por edital e por hora certa.

Considerando-se que o conteúdo da súmula nº 282 do STJ consta do texto do CPC/2015 (art. 700, §7º), entende-se que seu enunciado está de acordo com o CPC/2015. Caso o verbete continue a ser utilizado, dada a sua importância histórica e o reforço argumentativo que sua menção pode representar – apesar da desnecessidade, tendo em vista a expressa previsão legal – é imprescindível que o STJ faça inserir precedentes que demonstrem que a matéria encontra-se pacificada no âmbito daquela Corte.

c) Súmula nº 292³⁵ : “A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário”

Por haver etapas executivas e de conhecimento no procedimento monitório, havia divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento da reconvenção na demanda sob análise. Considerava-se, em sentido contrário, que se aplicava à ação monitória a mesma regra relativa à execução forçada, no sentido do não cabimento da reconvenção, por incompatibilidade de ritos. No REsp nº 147945/MG, julgado em 06/10/1998, DJ de 09/11/1998, decidiu o STJ que, com a apresentação dos embargos, a ação monitória passava a ser conduzida pelo procedimento ordinário, sendo cabíveis, portanto, quaisquer modalidades de resposta, inclusive a reconvenção. No REsp nº 222937/SP, julgado em 09/05/2001, DJ de 02/02/2004, acrescentou-se que os embargos têm natureza de contestação e que a reconvenção “deve ser oferecida no prazo e concomitantemente à oposição de embargos à monitória”. Restaram vencidos apenas os Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, que consideravam que os embargos não tinham natureza de contestação. No precedente seguinte (REsp 401575/RJ), a decisão foi unânime, considerando-se que, independentemente da natureza dos embargos, deve-se admitir a reconvenção, em face dos princípios da economia e efetividade processuais, ante a resolução de todas as demandas num mesmo processo; por não haver restrição legal a tal cabimento; e pela inexistência de prejuízos ao credor, ante a conversão do procedimento em ordinário com a apresentação dos embargos.

³⁵ Publicada no dia 13.05.2004.

O art. 702, §6º do CPC/2015 ratifica os termos da súmula, ao permitir expressamente a reconvenção na ação monitória, vedando tão somente o oferecimento de reconvenção à reconvenção. Embora não tenha restado expresse no texto da lei, somente pode ser admitida a reconvenção com o oferecimento dos embargos. Embora não haja mais regra que determine a conversão do rito em comum com a interposição dos embargos, é certo que, sem os embargos, haverá constituição de título executivo, evidenciando-se incabível a reconvenção. Sendo os embargos o meio de defesa na ação monitória, com a possibilidade de alegação de matérias concernentes ao procedimento comum (art. 702, §1º), há possibilidade de apresentação de outras defesas, como a reconvenção.

Tendo em vista o disposto no art. 343 do CPC/2015, que determina que a reconvenção seja oferecida na própria contestação, por analogia, na ação monitória, deve o réu reconvir no bojo dos próprios embargos e não por meio de peça autônoma.

Como se vê, o conteúdo da súmula nº 292 consta expressamente do CPC/2015 (art. 702, §6º). Quanto à forma, havia efetivamente jurisprudência predominante sobre o tema e a redação do enunciado está de acordo com a situação fática e com a ratio de tais precedentes.

d) Súmula nº 299³⁶ : “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito” e Súmula nº 531³⁷ : “Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”

O STJ admitia amplamente o uso do cheque prescrito, que perdeu sua força executiva, para embasar ação monitória, por ser prova escrita da obrigação. A discussão que antecedeu a edição da súmula, na realidade, girava em torno da necessidade ou não de referência à causa do débito para fins de cabimento da ação monitória embasada em cheque prescrito. No AgRg no REsp 399915/SP, julgado em 27/06/2002, DJ de 05/08/2002, o tribunal apenas ratificou o entendimento, sem discutir a tese. No REsp 274257/DF, julgado em 28/08/2001, DJ de 24/09/2001, entendeu o Relator, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, que “(...) não tem o autor o ônus de declinar a causa debendi, bastando, para a

³⁶ Publicada em 22.11.2004.

³⁷ Publicada em 18.05.2015.

admissibilidade da monitória, a juntada de qualquer documento escrito que traga em si um crédito e não se revista de eficácia executiva”. Divergiu a Min. Nancy Andriighi, sob o argumento de que, “(...) será imprescindível declinar a causa de pedir, sob pena de não o fazendo produzir petição inicial inepta. A mesma conduta deverá obedecer se optar pelo ajuizamento de ação causal de cobrança, submetida ao rito monitorio”, que restou vencida. Nos demais julgados³⁸, considerou-se que “(...) a prova inicial, municiada pelo cheque, é o bastante para a comprovação do direito do autor ao crédito reclamado, cabendo ao lado adverso, (...) demonstrar, eficazmente, o contrário”.

Como já dito, o art. 700 do CPC/2015 autoriza a propositura da ação monitória com esteio em prova escrita sem eficácia de título executivo, de modo que os títulos de crédito prescritos, por perderem executividade, podem servir de base à demanda monitoria. Assim, nada muda quanto ao teor da súmula nº 299, a qual, entretanto, para se adequar aos precedentes que lhe deram origem, nos termos do art. 926, §1º do CPC, deveria ter sua redação reformulada para fazer referência à desnecessidade de menção à causa do débito, matéria que foi, inclusive, objeto de recurso especial repetitivo, tendo sido fixada a seguinte tese: “em ação monitoria fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.” (REsp 1094571/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 04/02/2013).

Ao invés de se corrigir o enunciado da súmula nº 299, para acrescentar a tese que efetivamente foi objeto de discussão nos precedentes que lhe deram origem e no recurso repetitivo acima referido, o STJ editou um novo enunciado sumular, de nº 531, que tem quase o mesmo teor da tese fixada no recurso repetitivo acima mencionado: “Em ação monitoria fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”.

Na quase totalidade dos precedentes indicados pelo STJ³⁹, a discussão que deu origem à edição do enunciado sumular sob comento é a mesma que antecedeu

³⁸ Vide, por todos, o REsp 285223/MG, julgado em 26/06/2001, DJ de 05/11/2001. No REsp 419477/RS, julgado em 04/06/2002, DJ de 02/09/2002, houve divergência do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que entendia indispensável a indicação da origem da dívida, pois “a monitoria nada mais é que o uso da ação de locupletamento ilícito por uma outra via”.

³⁹ Exemplificativamente, vejam-se os seguintes: AgRg nos EDcl no REsp 1158386/DF, julgado em 11/09/2012, DJe de 17/09/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 501131/SC, julgado em 07/08/2014, DJe de 15/08/2014; AgRg no Ag 1315759/GO, julgado em 17/05/2011, DJe de 23/05/2011; AgRg nos EAREsp 223963/PR, julgado em 26/02/2014, DJe de 28/02/2014.

a aprovação da súmula nº 299, qual seja, se é ou não dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula nas ações monitórias fundadas em cheque prescrito. A única diferença é que se tratam de decisões mais recentes. Aliás, tais julgados apenas reafirmam o entendimento já estabelecido pelo STJ em decisões anteriores, não havendo qualquer debate novo que justifique a criação de um novo enunciado sumular, ao invés de ter sido ajustado o anterior.

Curiosamente, há um precedente em que a discussão gira em torno do cabimento ou não da ação monitória fundada em cheque prescrito⁴⁰, o qual se ajustaria muito mais como precedente relacionado ao teor da súmula nº 299 do que da súmula nº 531.

Embora o conteúdo das súmulas esteja de acordo com o CPC/2015, evidencia-se necessária uma revisão formal das mesmas, posto que há dois enunciados sumulares cujos precedentes tratam da mesma temática – necessidade ou não de referência ao negócio jurídico subjacente à emissão do título nas ações monitórias fundadas em cheque prescrito – e a redação do enunciado de nº 299 não está adequada aos precedentes que lhe deram origem.

Assim é que, a nosso ver, uma das seguintes medidas deveria ser empreendida pelo STJ: a) ou deve haver o cancelamento da súmula nº 299, inclusive porque, implicitamente, a súmula nº 531 evidencia o cabimento da ação monitória fundada em cheque prescrito, ainda mais porque alguns dos precedentes relacionados tratam diretamente dessa questão; b) ou deve haver a revisão da súmula nº 299 apenas para que sejam referidos como precedentes julgados que efetivamente se relacionam ao seu enunciado (decisões em que se discuta o cabimento ou não da ação monitória baseada em cheque prescrito), subsistindo, nesse caso, a súmula nº 531, que trata especificamente da desnecessidade de indicação da causa do débito; c) ou deve haver a revisão da súmula nº 531, até por ser mais recente, para que seu enunciado contenha as matérias contidas nas duas súmulas aqui referidas, cuja redação sugerida é a seguinte: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito, sendo dispensável, nas demandas ajuizadas contra o emitente, a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”. Nesse caso, seriam relacionados outros julgados como precedentes em que houvesse debate sobre o cabimento da ação monitória embasada em cheque prescrito. Além disso, deveria ser cancelada a súmula nº 299.

⁴⁰ Resp 1094571/SP, julgado em 04/02/2013, Dje de 14/02/2013.

e) Súmula nº 339⁴¹ : “É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública”

Desde a introdução da ação monitória no ordenamento jurídico brasileiro, em 1995, com a Lei n.º 9.079, já se discutia a legitimidade da Fazenda Pública para compor os polos da relação processual nesse tipo de ação.

Quanto ao polo ativo, em regra, é de se admitir a legitimidade das pessoas jurídicas de direito público, mas há que se ressaltar que, em algumas oportunidades, a ação revelar-se-á desnecessária, porque a Fazenda Pública dispõe de meios para conferir força executiva a alguns documentos, como ocorre, por exemplo, com a inscrição em dívida ativa, que gera título executivo extrajudicial.

O grande debate girou mesmo em torno da colocação das pessoas jurídicas de direito público no polo passivo da ação monitória. De início, eram muitas as vozes contrárias, argumentando-se, dentre outros aspectos, que as especificidades da execução contra a Fazenda impedem a adoção da monitória. Ademais, outro argumento forte era o de que não havia reexame necessário previsto no procedimento monitório que não tivesse embargos, já que o título seria constituído de plano. Como se não bastasse, também se levantava a situação de que é impossível à Fazenda cumprir a ordem de pagamento em 15 (quinze) dias, porque o direito em tela seria indisponível, devendo-se observar a sistemática de precatórios.

Naturalmente, os argumentos da tese contrária foram sendo rejeitados aos poucos, não apenas na doutrina, mas em especial no Poder Judiciário. Dentre outros aspectos, defendeu-se que o pagamento poderia se fazer sem ofensa à sistemática dos precatórios, porque não se estaria cumprindo sentença judicial, sendo o pagamento ato voluntário. Quanto ao reexame necessário, a defesa era no sentido de que tal não seria aplicável no procedimento monitório, que é procedimento especial, portanto distinto do comum.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema, com a edição da Súmula 339. A maior parte dos precedentes indicados pelo referido tribunal superior, limita-se a reproduzir argumentos contidos em julgados anteriores⁴². No REsp 196580/MG⁴³, julgado em 17/10/2000, DJ de 18/12/2000, a questão foi analisada e os argumentos favoráveis, trazidos pelo Relator, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, foram os seguintes, *in verbis*:

⁴¹ Publicada em 30.05.2007.

⁴² AgRg no Ag 711704/MG, julgado em 29/11/2005, DJ de 19/12/2005; EREsp 249559/SP, julgado em 09/08/2006, DJ de 28/08/2006, EREsp 345752/MG, julgado em 09/11/2005, DJ de 05/12/2005, entre outros.

⁴³ Outro precedente também enfrenta diretamente a questão, reputando o procedimento monitório compatível com a execução contra a Fazenda Pública prevista no art. 730 do CPC/73: REsp 603859/RJ, julgado em 01/06/2004, DJ de 28/06/2004.

“Primeiro, porque a necessidade de expedição de precatório não representa óbice à opção pela via monitoria, pois o título executivo através dela obtido é, à evidência, antecedente à sua execução. Em outras palavras, não há impropriedade da ação monitoria, em face da Fazenda Pública, considerando que a respectiva execução, que lhe é posterior, também se dará nos termos do art. 730, CPC, observado o disposto no art. 100 da Constituição.

Segundo, porque, uma vez apresentados os embargos, o processo passa a seguir o rito ordinário, com todas as garantias inerentes a esse procedimento, inclusive o contraditório.

Terceiro, porque o “argumento de que as sentenças contra a Administração Pública estão sujeitas à remessa de ofício não afasta a aplicação dos arts. 1.102a a 1.102c, pois o que a monitoria objetiva é ‘apressar’ a formação do título executivo, e, mesmo admitindo a aplicação do art. 475, II, ganhar-se-á em rapidez com a cognição sumária” (Carreira Alvim, Procedimento Monitorio, Juruá, 2 a ed., pág. 148, nota 188). Além disso, mesmo quando não embargada a pretensão, é de ser observada a norma do art. 475, CPC, como lembra, com percuciência, Ada Pellegrini Grinover, o que afasta, conseqüentemente, o óbice do art. 320, CPC, por muitos invocado.

Quarto, porque o processo monitorio exige prova pré-constituída, sendo do autor o ônus de colacionar o documento a instruir a sua pretensão. O ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos, como se sabe, é do autor da monitoria. Em razão disso, fica relevada a incidência do art. 320, CPC. Quinto, porque é relativa a indisponibilidade do direito da Fazenda Pública, não ficando ela impedida de cumprir voluntariamente o mandado de pagamento, ou de se sujeitar à execução fundada no título executivo obtido pela via monitoria.

Ademais, o procedimento monitorio é favorável ao devedor, por dispensar o pagamento de despesas e honorários advocatícios caso efetue o pagamento voluntariamente. Assim, a via do procedimento monitorio, em ultima ratio, até mesmo favorece a Fazenda”.

O Código de 2015 resolveu a questão do ponto de vista legal, ao prescrever no art. 700, §6º, que é admissível a ação monitoria em face da Fazenda Pública, ratificando os termos da súmula. De todo modo, garantiu a existência da remessa necessária, quando não oferecidos os embargos ao mandado monitorio, por conta da previsão do art. 701, §4º, rechaçando um dos elementos de crítica que os contrários ao cabimento sustentavam na vigência do Código anterior.

Desse modo, vê-se que a súmula nº 339 está em conformidade com o CPC/2015, nos aspectos formal e material.

f) Súmula nº 384⁴⁴: “Cabe ação monitoria para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia”

⁴⁴ Publicada em 08.06.2009.

Do mesmo modo que a súmula nº 247, a súmula nº 384 trata de matéria relacionada ao cabimento da ação monitória relativamente a determinado documento, discutindo-se se tem ele ou não força de título executivo extrajudicial. No caso, tratava-se do contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, buscando o credor obter, via execução, o saldo remanescente oriundo da venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente. Após pacificar a matéria, o STJ sumulou a questão.

O argumento principal para não se reputar tal documento como título executivo é que a expressão contida no contrato, qual seja, “saldo apurado” ou outra similar, não estabelecia um valor certo e determinado, de modo que o título não apresentava liquidez. No REsp 2.432/CE, julgado em 13/11/1990, DJ 17/12/1990, entendeu o Relator, Min. Athos Carneiro, que a venda extrajudicial do bem é feita com base em valor estabelecido pelo credor, sem a participação do devedor (ou seja, sem contraditório, o que é autorizado pela lei). Assim é que, para a cobrança de eventual saldo remanescente, perde o contrato sua liquidez, porquanto não houve expressa anuência do devedor quanto ao valor respectivo. O mesmo entendimento consta do REsp 63392/MG, julgado em 18/12/1997, DJ de 16/03/1998.

Não admitida a execução por não haver, na hipótese título executivo extrajudicial, o STJ passou a admitir a utilização da ação monitória, por haver prova escrita da obrigação de pagar quantia em dinheiro.

Aqui cabem as mesmas considerações feitas em relação à súmula nº 247: o CPC/2015 não inseriu o contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, relativamente ao saldo remanescente oriundo da venda extrajudicial do bem, no rol dos títulos executivos extrajudiciais (art. 784), de modo que o referido documento deve continuar a ensejar a propositura da ação monitória.

Ainda que fosse considerado título executivo extrajudicial, aplicar-se-ia o art. 785 do CPC, que assegura ao credor a escolha entre as técnicas executivas.

A súmula nº 384, portanto, está de acordo com o CPC/2015, nos aspectos formal e material.

g) Súmula nº 503: “O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula” e Súmula nº 504: “O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título”

As súmulas nº 503 e nº 504, publicadas no dia 10.02.2014, referem-se ao prazo prescricional para ajuizamento da ação monitória em face de emitentes de títulos de crédito sem força executiva: a primeira refere-se ao cheque prescrito; a segunda, à nota promissória. Definiu-se que o prazo prescricional, em ambos os casos, é de cinco anos, sendo que o dies a quo da contagem, no primeiro caso, é o dia seguinte à data de emissão estampada na cártula; no segundo, o dia seguinte ao vencimento do título.

Relativamente à súmula nº 503, no REsp 1162207/RS, julgado em 19/03/2013, DJe de 11/04/2013, restam condensados os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem ao enunciado respectivo. No referido recurso, consta do voto do Relator que:

“(…) como o cheque prescrito estampa dívida líquida, e no procedimento monitório há inversão do contraditório, sendo dispensável menção ao negócio jurídico subjacente, o prazo prescricional para a ação monitória embasada em cheque sem executividade, é o de cinco anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil/2002.

(…)

De fato, como bem alinhavado pelo Ministro Sidnei Beneti, em caso idêntico ao ora apreciado, no citado REsp 1.339.874/RS, "se a parte está dispensada de indicar a causa debendi para a propositura da ação monitória, não faz sentido exigir que o prazo prescricional da ação monitória seja definido a partir da natureza dessa causa debendi". Assim, definiu-se também que o prazo deve ser contado do vencimento do título que, no caso, é a data de emissão constante da cártula.

Assim, restou afastado o argumento no sentido de que o prazo prescricional deveria ser o contido no art. 206, §3º, VIII, do Código Civil, posto “(…) que este dispositivo expressamente restringe a sua incidência a "pretensão para haver o pagamento de título de crédito", "ressalvadas as disposições de lei especial””.

A matéria foi também objeto de recurso repetitivo, cuja tese estabelecida é idêntica à contida na súmula nº 503 (REsp 1101412/SP, julgado em 11/12/2013, DJe 03/02/2014).

O mesmo raciocínio foi empregado para aprovação da súmula nº 504, alterando-se apenas o marco inicial para contagem do prazo prescricional, explicitando-se que o prazo se inicia no dia seguinte ao do vencimento do título.

O tema também foi objeto de recurso especial repetitivo, cuja tese estabelecida é idêntica à contida na súmula nº 504 (REsp 1262056/SP, julgado em 11/12/2013, DJe 03/02/2014).

O CPC/2015 nada dispõe acerca do prazo prescricional para ajuizamento da ação monitória, o que não poderia ser diferente, já que o tema da prescrição é afeto ao Direito Civil. Assim é que as súmulas e teses contidas nos recursos

repetitivos acima referidos estão de acordo com o novo diploma processual, formal e materialmente.

7. CONCLUSÃO

De instrumento inovador, trazido ao ordenamento processual brasileiro em meados da década de 90 do século passado, a instituto quase excluído do Código de Processo Civil de 2015, a ação monitória sempre propiciou inúmeras discussões e posições antagônicas na doutrina e no entendimento dos tribunais brasileiros.

O disciplinamento por demais enxuto, quando de sua inserção no Código anterior, exigiu da doutrina e da jurisprudência a interpretação de muitas variáveis, acarretando, como analisado ao longo do estudo, a edição de algumas súmulas nos tribunais superiores.

O Código de 2015, ora vigente, apesar de apresentar novamente três artigos, revelou um disciplinamento bem mais exaustivo, notadamente quando se compara com os três artigos do Código revogado. Segundo se analisou, várias dessas previsões do novo diploma processual consolidaram ou ratificaram ditas súmulas, demandando a reflexão quanto à necessidade ou não de manutenção ou de revisão dessas súmulas.

Do que se expôs, percebe-se que a maioria das súmulas do STJ relacionadas à ação monitória evidencia-se compatível, material e formalmente, com o regramento contido no CPC/2015. Isso porque, no aspecto formal, seus enunciados foram elaborados de acordo com a situação fática e com a ratio decidendi dos precedentes que deram origem ao verbete sumular e, ainda, porque havia, efetivamente, jurisprudência dominante sobre os respectivos temas. Quanto à adequação material, vê-se que as teses contidas nos enunciados ou foram expressamente consignadas no texto do CPC/2015 ou estão de acordo com o regramento nele previsto ou não guardam qualquer incompatibilidade direta ou sistêmica com quaisquer de seus dispositivos.

Assim, não há qualquer súmula que deva ser cancelada por superação dos precedentes respectivos.

As súmulas de nºs 247, 292, 339, 384, 503 e 504 são compatíveis, material e formalmente, com o CPC/2015, não merecendo qualquer revisão em seu teor.

O enunciado da súmula nº 282 consta do texto do CPC/2015 (art. 700, §7º), no entanto, os julgados indicados como seus precedentes demonstram que havia, à época, divergência sobre o tema. O dissenso, após a edição da súmula,

encerrou-se e, agora, a matéria encontra-se expressamente regulada pelo Código. Embora desnecessária, dada a expressa previsão legal, pode o enunciado continuar a ser utilizado, em razão da sua importância histórica e, ainda, como reforço argumentativo, porém, faz-se necessário que o STJ faça inserir precedentes relacionados à súmula que demonstrem que a matéria encontra-se pacificada no âmbito daquela Corte.

Quanto às súmulas nºs 299 e 531, embora seus respectivos conteúdos estejam em conformidade com o CPC/2015, reputa-se imprescindível uma revisão formal das mesmas, posto que seus precedentes tratam da mesma temática – necessidade ou não de referência ao negócio jurídico subjacente à emissão do título nas ações monitórias fundadas em cheque prescrito. Além disso, a redação do enunciado de nº 299 não está adequada à *ratio decidendi* dos precedentes que lhe deram origem, porquanto, neles, não foi discutida diretamente a questão do cabimento da ação monitória embasada em cheque prescrito, mas a questão da necessidade ou não de indicação da causa do débito nas monitórias propostas com esteio em cheque prescrito.

Destarte, pensa-se que uma das seguintes medidas deveria ser empreendida pelo STJ: a) ou deve haver o cancelamento da súmula nº 299, inclusive porque, implicitamente, a súmula nº 531 evidencia o cabimento da ação monitória fundada em cheque prescrito, ainda mais porque alguns dos precedentes relacionados tratam diretamente dessa questão; b) ou deve haver a revisão da súmula nº 299 apenas para que sejam referidos como precedentes julgados que efetivamente se relacionam ao seu enunciado (decisões em que se discuta o cabimento ou não da ação monitória baseada em cheque prescrito), subsistindo, nesse caso, a súmula nº 531, que trata especificamente da desnecessidade de indicação da causa do débito; c) ou deve haver a revisão da súmula nº 531, até por ser mais recente, para que seu enunciado contenha as matérias contidas nas duas súmulas aqui referidas, cuja redação sugerida é a seguinte: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito, sendo dispensável, nas demandas ajuizadas contra o emitente, a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”. Nesse caso, seriam relacionados outros julgados como precedentes em que houvesse debate sobre o cabimento da ação monitória embasada em cheque prescrito. Além disso, deveria ser cancelada a súmula nº 299.

8. BIBLIOGRAFIA

- BERMUDEZ, Sérgio. Ação monitória: primeiras impressões sobre a Lei n.º 9.079, de 14.7.1995. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord). Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- CARVALHO, Antonio. A Tutela Monitória no CPC/2015. In DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC. Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, pp. 525/570.

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas. Disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>, capturado em 25.11.2016.

- GUERRA, Willis Santiago. Ação Monitória. In Revista de Processo, vol. 81, jan. 1996.

- GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória. São Paulo: Saraiva, 1996.

- MARCATO, Antonio Carlos. O processo monitório brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

- PEREZ, Marcela Melo. Comentários aos arts. 700 a 702. In CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coordenadores). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 1008/1013

- RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CARDOSO, Igor Guilhem. Análise comparada entre a Ação Monitória no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC. Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, pp. 571/590.

- SANTOS, Ernane Fidélis dos. Ação Monitória. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- SILVA, Natália Diniz da. Estabilização da tutela jurisdicional diferenciada. Data de defesa. 228 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

- TALAMINI, Eduardo. Tutela monitória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO
INTERCORRENTE NO BOJO DAS EXECUÇÕES FISCAIS: PRAZO
DE NATUREZA JURÍDICA MATERIAL OU PROCESSUAL?**

***The (Un)Constitutionality of Intercurrent Prescription In Fiscal Executions:
Deadline of Material or Procedural Legal Nature?***

Rainier Max Francilino Mendes

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba
(UFPB)

RESUMO: O presente trabalho aborda a prescrição intercorrente, disposta no art. 40, §4º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), sob sua perspectiva constitucional. Para tanto, o ensaio percorre os argumentos de duas correntes antagônicas. A primeira reflete a inconstitucionalidade do dispositivo em comento em razão do mesmo tratar de matéria reservada a Lei Complementar (art. 146, III, “b” da Constituição Federal). Para os defensores dessa tese, o prazo quinquenal possui natureza jurídica material, de modo similar a prescrição insculpida no art. 174 do CTN. Por outro lado, emerge o entendimento de que a partir de uma interpretação sistemática e teleológica do sistema tributário nacional, o dispositivo da LEF, possui natureza jurídica processual, podendo ser, portanto, regulado por lei ordinária, conforme consagra a própria jurisprudência. Palavras-chave: Prescrição Intercorrente; Constitucionalidade; Execuções Fiscais; Prazo; Natureza Jurídica.

ABSTRACT: The present work deals with intercurrent prescription, set forth in art. 40, §4 of Law 6.830 / 80 (Law on Tax Enforcement), under its constitutional perspective. For this, the essay runs through the arguments of two antagonistic currents. The first one reflects the unconstitutionality of the device in question because it is a matter reserved to the Complementary Law (Article 146, III, "b" of the Federal Constitution), for proponents of this thesis, the five-year term

has a material legal nature, similar to the prescription inscribed in art. 174 of the CTN. On the other hand, it emerges from the understanding that, based on a systematic and teleological interpretation of the national tax system, the LEF system is procedural in nature and can therefore be regulated by ordinary law, as enshrined in the jurisprudence itself.

Keywords: Intercurrent prescription; Constitutionality; Tax Enforcement; Deadline; Legal Nature.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente ensaio propõe-se a enfrentar um dos temas que, atualmente, mais gera discordância entre a jurisprudência e doutrina pátria, trata-se da prescrição intercorrente insculpida art. 40, §4º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais – LEF). Nos propomos a investigar, dogmaticamente, a natureza jurídica da referida norma no âmbito das execuções fiscais a fim de elucidar a sua constitucionalidade. Conforme é sabido, a prescrição intercorrente trata-se de instituto jurídico endoprocessual, caracterizado pela exclusiva inatividade do credor (Fazenda Pública) em diligenciar a fim de adimplir o debito deixado pelo contribuinte.¹

A discussão não se mostra simples e merece uma sofisticada análise jurídica, uma vez que conforme comando constitucional², é reservado a Lei Complementar dispor sobre prescrição em matéria tributária. A partir disso, torna-se inequívoco a necessidade de se averiguar a natureza jurídica da norma acima indicada, uma vez que fora incluída pelo art. 6º da Lei Ordinária nº 11.051/2004, o que em um primeiro momento dá ensejo a uma nítida inconstitucionalidade.

Ademais, o Código Tributário Nacional em seu art. 174, ao tratar de prescrição tributaria, estabeleceu no parágrafo único as hipóteses em que ela se interrompe, é dizer, indicou os casos em que a prescrição é zerada, iniciando-se novamente o prazo de 5 anos. Assim, em nenhum momento o CTN tratou das hipóteses de suspensão da prescrição, fato que, segundo entendimento já

¹ MOUZALAS, Rinaldo. Processo Civil volume único – 8. ed. rev., am pl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 903

² Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

consolidado nos tribunais canarinho, ao analisar a constitucionalidade do art. 2º, §3º da LEF, entendeu que matéria referente a prescrição tributaria reger-se-ia por lei complementar de caráter geral³.

Por outro lado, há posicionamento fundado em entendimento do STJ – enunciado de Súmula 314⁴ – no sentido de que a norma que trata o art. 40, §4º da Lei nº 6.830/80 possui natureza jurídica processual. Teríamos, assim, um prazo de preclusão, no contexto de que a Fazenda Publica ao abandonar a execução fiscal seria sancionada por não diligenciar no processo a fim de saudar o débito Fiscal.

Em linhas gerais, segundo essa última ótica jurídica, a Lei n.º 11.051/2004, ao acrescentar o § 4º ao art. 40 da Lei n.º 6.830/80, não criou prazo prescricional novo, apenas fez referência ao já previsto, nos moldes do art. 146, III, da Constituição da República, fazendo consignar expressamente que o magistrado poderia reconhecê-lo, de ofício. Não há inconstitucionalidade formal ao passo que a norma apresenta natureza processual, alcançando inclusive os processos em andamento.

Vale ressaltar que esta discussão fora levada ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 636.526/SC, submetida a sistemática processual de repercussão geral, estando no momento de elaboração deste trabalho, pendente de julgamento.

Portanto, por ser instituto de ordem pública e de necessária instrumentalização ao direito processual tributário, em razão de sua perspectiva temporal, nos propomos a investigar os dois entendimentos acima resumidos e muito bem acobertados pela doutrina e ao final trazer nosso posicionamento,

³ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 174 DO CTN. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL POR 180 DIAS. ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEF. INAPLICABILIDADE. 1. Tratando-se o crédito exequendo de tributo (in casu, a Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários), o prazo prescricional a ser observado é o do artigo 174 do Código Tributário Nacional, segundo o qual "a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 05 (cinco) anos, contados da data de sua constituição definitiva". 2. Na hipótese dos autos, como a notificação ocorreu em 1996 e a execução só foi proposta em 04/06/2002, encontrava-se prescrito o direito à cobrança do crédito. 3. Mesmo que se considerasse, como pretendido pela exequente, que o lapso prescricional não se iniciou com a notificação, em 27/12/1996, mas apenas em 27/02/1997, depois de decorridos os trinta dias para impugnação e mais trinta dias do prazo de cobrança amigável (arts. 15 e 21 do Decreto nº 70.235/72), ainda assim a pretensão executiva estaria prescrita. 4. Inaplicável o disposto no art. 2º, parágrafo 3º da LEF, posto que a prescrição das dívidas tributárias regula-se por lei complr, no caso, o art. 174 do CTN. Adesão ao entendimento do STJ. 5. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5 - AC: 438036 PE 0008257-96.2002.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 10/04/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 14/05/2008 - Página: 337 - Nº: 91 - Ano: 2008)

⁴ “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”

em juízo de valor, de qual seria mais coerente diante de uma interpretação sistemática do contemporâneo cenário jurídico-tributário acerca da matéria em discussão paralelamente com o primado maior da segurança jurídica.

O fato é que, no âmbito tributário, o contribuinte não pode ser alvo eterno das lentes fiscais, no sentido de sofrer a massiva força executória do Estado na pretensão de satisfazer o crédito tributário, sendo sereno o entendimento de ser necessário parâmetros legais e temporais para o exercício ao direito de execução. Nas palavras de Eurico de Santi, “a decadência e prescrição não são formas de se fazer justiça. São formas concretas que o direito encontrou para conviver com esse deus tão poderoso: o tempo”.⁵

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA PRESCRIÇÃO

A partir da constituição definitiva do crédito tributário, inicia-se o prazo prescricional de cinco⁶ anos para a Fazenda Pública exercer seu direito subjetivo de ajuizamento da execução fiscal a fim de adimplir o tributo até então em mora.⁷

Nesse sentido, o STF, há muito tempo, deixa transparecer em suas decisões o entendimento acima indicado, onde ressaltamos o esclarecedor acórdão no RE 94.462/SP de relatoria do Ministro Moreira Alves:

⁵ SANTI. Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário – aspectos teóricos, práticos e análise das decisões do STJ. Revista Dialética de direito tributário, São Paulo n. 62, nov. 2002, pp. 34-36 (p.36).

⁶ Enunciado n. 196 do FPPC: “o prazo da prescrição intercorrente é o mesmo da ação”

⁷ Paulo de Barros Carvalho, em seu curso de direito tributário, sabiamente crítica: “É fácil divisar, desde logo, que não se pode falar em curso da prescrição enquanto não se verificar a inércia do titular da ação. Todavia, o termo inicial do prazo, no Código Tributário, foi estipulado tendo em conta o momento em que o sujeito passivo é notificado do lançamento. Como aceitar que possa ter começado a fluir o lapso temporal se, naquele exato momento, e ao menos durante o período firmado no ato de lançamento, a Fazenda ainda não dispunha do meio próprio para ter acesso ao Judiciário, visando a defesa de seus direitos violados? O desalinho entre os pressupostos do instituto e o preceito do Código é indissolúvel. Não se preocupou o legislador em saber se havia possibilidade de exercício da ação judicial ou se o titular do direito se manteve inerte. Foi logo estabelecendo prazo que tem como baliza inicial um instante que não coincide com aquele em que nasce, para o credor, o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, para fazer valer suas prerrogativas. Surpreende-se, neste ponto, profunda divergência entre a lógica do fenômeno jurídico e a lógica do fraseado legal. Com que ficamos? Temos inabalável convicção de que as imposições do sistema hão de sobrepor-se às vicissitudes do texto. Este nem sempre assume, no conjunto orgânico da ordem jurídica, a significação que suas palavras aparentam expressar.

A solução harmonizadora está em deslocar o termo inicial do prazo de prescrição para o derradeiro momento do período de exigibilidade administrativa, quando o Poder Público adquire condições de diligenciar acerca do seu direito de ação. Ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema.” (Curso de direito Tributário. – 18. Ed. Ver e atual – São Paulo: Saraiva. 2007, p. 486-487)

EMENTA: Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo de decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, **há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco.** (grifo nosso) (RE 94.462/SP-1982, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. em 06-10-1982)

Neste raciocínio, é amplamente consagrado pela doutrina e jurisprudência que diante da prescrição, eventual ação executiva é nula (art. 803, I do CPC/2015), devendo ser portanto extinto o crédito tributário (art. 156, V do CTN).

Por outro lado, a prescrição intercorrente é aquela que ocorre no curso do processo executório, onde após citado o contribuinte, o exequente mante-se inerte. Trata-se de nítida sanção imposta a administração pública.

Ocorre que, o próprio CTN, nos incisos do parágrafo único do art. 174⁸ estabelece situações em que haverá a interrupção do prazo prescricional, isto é, o prazo será zerado e novamente iniciado. Tal sistemática mostra-se inequivocamente favorável ao sujeito ativo da relação processual, uma vez que passa a ter uma maior margem temporal no processo de cobrança do tributo. Assim, o ponto central das hipóteses de interrupção da prescrição é que, geralmente, tem por fundo atos da Fazenda pública na busca de ver satisfeito o crédito tributário.

Além das causas de interrupção, há causas de suspensão do prazo de prescrição, essas são cobertas por uma densa neblina de contradições tanto na legislação, como na doutrina e jurisprudência. O prazo quando alvo de suspensão, não é zerado, mas apenas paralisado e, extinta a causa de suspensão, volta a correr de onde parou.

A respeito das causas de suspensão da prescrição, salutar os ensinamentos do professor Eduardo Sabbag:⁹

⁸ Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. **A prescrição se interrompe:**

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

⁹ SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 934-935.

No CTN, encontramos um eloquente exemplo: as causas de anulação de moratória (art. 155, parágrafo único, CTN), cujas disposições são extensíveis, igualmente, aos institutos da isenção (art. 179, §2º, CTN), da anistia (art. 182, parágrafo único, CTN) e da remissão (art. 172, parágrafo único, CTN), quando concedidos em caráter individual. A nosso sentir, são bons exemplos – se não forem os únicos – de causas de suspensão da prescrição para a cobrança de débitos tributários. (grifos do autor)

Ocorre que, para além desses casos de suspensão, há peculiar hipótese, pertinente ao presente trabalho, qual seja, a suspensão do curso da execução nos casos em que não for localizado o devedor ou os seus bens a fim de saudar o crédito tributário, trata-se do art. 40 da lei nº 6.830/80:

Artigo 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

1º - Suspensão do curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

2º - Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decreta-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051 de 2004).

5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no parágrafo 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei 11.960 de 2009).

Em linhas gerais, em uma interpretação literal dos dispositivos acima indicados chega-se a lógica conclusão de que suspensão o processo, também estará suspensa a prescrição, no caso por um ano. O processualista e professor Rinaldo Mouzalas¹⁰ em seu curso de direito processual civil ressalta que “essa conclusão decorre do § 2º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 (que estabelece a suspensão de até 01 ano sem iniciar a contagem do prazo prescricional) em combinação com o art. 174 do CTN (que estabelece o prazo prescricional de 05 anos para a cobrança do crédito tributário)”.

Todavia, permitir a referida suspensão por tempo indeterminado e a reabertura do processo executivo a qualquer instante (§3º) seria ferir de morte o primado maior da segurança jurídica, é dizer, a todo instante o devedor poderia

¹⁰ MOUZALAS, Rinaldo. Processo Civil volume único – 8. ed. rev., am pl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 902

ser surpreendido com o prosseguimento do feito pela Fazenda Pública e conforme é sabido o tempo desgasta os fatos, as provas e os próprios fundamentos de uma possível defesa ou escusa legal.

Nesse interim, tanto o STF como o STJ consagram a prescrição intercorrente quinquenal, em que, da decisão que determina o arquivamento dos autos, inicia-se a contagem do prazo de 5 anos, onde caso verifique-se o abandono do processo pela exequente o pleito será extinto.

Atento ao entendimento jurisprudencial o legislador ordinário editou a Lei 11.051/2004, que acrescentou o §4º ao art. 40 da lei nº 6.830/80 justamente no sentido de que “decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decreta-la de imediato”.

Assim, a sistemática processual se dá do seguinte modo: da constituição definitiva do crédito tributário, inicia-se o prazo de 5 anos para a Fazenda ajuizar a ação de execução fiscal; ajuizado o pleito executório, dentro do prazo, o despacho do juiz que ordena a citação do contribuinte interrompe a prescrição, com isso o prazo é reiniciado (art. 174, parágrafo único, inciso I do CTN). A partir de então, inicia-se o prazo prescricional, onde, em razão de eventual desídia da fazenda pública, é dizer, inércia continuada e ininterrupta, ocorrerá a prescrição intercorrente.

Outrossim, não sendo localizado o devedor ou encontrados bens em seu nome ocorrerá a suspensão do processo pelo prazo de 1 ano, com o consequente arquivamento dos autos após esse prazo, iniciando-se, assim, o prazo de prescrição intercorrente de 5 anos, onde após o transcurso desse último não há mais que se falar em execução fiscal.

Em interpretação a jurisprudência do STJ, Daniel Monteiro Peixoto¹¹ indica seis pontos de partida para a contagem do prazo prescricional, vejamos:

Fala-se em contagem: i) ora da data da constituição definitiva do crédito; ii) ora da data do despacho da petição inicial da execução fiscal pelo juiz; iii) da data da citação da parte contrária; iv) da data da suspensão da execução ante a falta de localização do devedor para a citação, ou dos seus bens, para a penhora (artigo 40 da LEF); v) a partir de um ano após o despacho que determina a suspensão da execução (artigo 40, parágrafo 2º da LEF; e, vi) da data em que determinado o arquivamento dos autos, logo após o transcurso do prazo anterior.

¹¹ PEIXOTO, Daniel Monteiro. Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal: Vertentes do STJ e as Inovações da lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005. Revista Dialética de Direito tributário nº. 125, São Paulo, Editora Dialética, 2006. p. 11.

O fato é que, se o exequente se mostra diligente e promovendo os atos, internos ou externos ao processo, a fim de buscar a satisfação de seu crédito tributário, ao nosso pensar, não há que se falar em prescrição intercorrente.

Além disso, é equivoco falar em prescrição intercorrente em razão do próprio sistema judiciário, tanto é assim que, o STJ editou o enunciado de súmula 106 que reza:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”

Em resumo, a problemática central do presente artigo consubstancia-se na constitucionalidade ou não das hipóteses positivadas no “caput” e no §4º do art. 40 da lei nº 6.830/80, uma vez que tais hipóteses legais estabelecem, respectivamente, casos de suspensão e interrupção da prescrição, por lei ordinária, ou seja, contrariando formalmente o art. 146, III, “b” da CF/88. A partir dessas considerações passemos a analisar os dois entendimentos quanto ao artigo em epígrafe.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO “CAPUT” E DO §4º DO ART. 40 DA LEI Nº 6.830/80 POR AFRONTA À NORMA ENTABULADA NO ART. 146, III, “B” DA CF/88

Conforme ficou amplamente demonstrado nos tópicos pretéritos, o art. 6º da Lei nº 11.051/2004, acrescentou o §4º ao art. 40 da lei nº 6.830/80, atualmente em vigor nos seguintes termos:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decreta-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051 de 2004).

Da leitura dos dispositivos acima é possível inferir três comandos normativos, quais sejam: a) não sendo possível localizar o devedor ou os seus bens o processo executivo ficará suspenso pelo prazo de um ano; b) foi criada nova hipótese para iniciar a contagem do prazo de prescrição intercorrente, é dizer, suspenso o processo por um ano e determinado o arquivamento, interrompe-se o prazo prescricional e inicia-se a contagem de novo prazo quinquenal, onde sendo

este esgotado, mediante inércia da Fazenda Pública, será decretada a prescrição intercorrente, e; c) o juízo da execução ao verificar a ocorrência do comando “b”, poderá decretar a prescrição de ofício, após ouvido a Fazenda.

Pois bem. No que tange ao comando “c” não há nenhuma indicação de inconstitucionalidade, ao passo que o entendimento é manso no sentido de ser regra de natureza jurídica processual. Nesse diapasão, posiciona-se o STJ:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO CONDICIONADO À ANTERIOR OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 6.830/80 ACRESCENTADO PELA LEI Nº 11.051/04.

I - O posicionamento do STJ sempre foi no sentido de que não é correta a decretação ex officio da prescrição em sede de execução fiscal, por versar sobre direito patrimonial disponível.

II - A partir da Lei nº 11.051/04, que incluiu o § 4º no art. 40 da Lei nº 6.830/80, passou a ser autorizado ao julgador reconhecer de ofício a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, após ouvida a Fazenda Pública. O novel dispositivo introduzido na Lei de Execução Fiscal é de natureza processual, aplicando-se de imediato a todos os processos em curso.

III - Assim, a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial passou a ser condicionada à oitiva da Fazenda Pública, para oportunizar a arguição de causas impeditivas ao reconhecimento, sendo que na hipótese dos autos tal condição não foi implementada, razão pela qual se tem indevida a decretação da prescrição.

IV - Recurso especial provido. (grifo nosso)

(REsp 849.494/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 241)

Antagonicamente, emerge na doutrina indicação de inconstitucionalidade quanto ao comando “a” e “b”, onde estaríamos diante de inovação em matéria tributaria reservada a lei complementar. Explica-se.

Conforme é sabido, à época em que era vigente a Constituição Federal de 1967 fora editado o Ato Complementar nº 36, de 13/03/67 que, em seu art. 7º, expressamente

denominou a Lei nº 5.172/66 de Código Tributário Nacional, lhe conferindo status de lei complementar. Tratamento, esse, mantido pela Constituição Federal de 1988.

A par disso, a atual Carta Magna subordina a prescrição tributaria a regulamentação mediante lei complementar, *in verbis*:

“Art. 146 – Cabe à lei complementar: (...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

Nesse sentido, o segundo livro do CTN traz normas gerais de direito tributário e mais especificamente no art. 174 dispõe sobre prescrição tributária, trazendo inclusive hipóteses que interrompem o prazo prescricional – vale ressaltar que em nenhum momento o CTN dispõe sobre hipóteses de suspensão da prescrição –, assim, não é preciso demasiado esforço para afirmar que a prescrição é norma geral de direito tributário, apenas podendo ser legislada por lei complementar em atenção ao quórum qualificado nos termos do art. 69 da CF/88.

No que se refere a inconstitucionalidade do comando “a” – caput do art. 40 –, estaríamos diante de uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, todavia, que fora regulada por lei ordinária e não por lei complementar. Com isso, defende-se que ao caso deveria ser aplicado o mesmo entendimento dado à interpretação do art. 2º, §3º¹² da LEF, exarado pelo TRF da 4ª Região, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade na AC nº 2003.70.00.038936/PR, publicado em 16/12/2008, onde foi firmada a tese de que a suspensão do prazo prescricional previsto em tal dispositivo por 180 dias apenas deve ser aplicado as dívidas de natureza não-tributária, uma vez que para que tivesse eficácia quanto as dívidas de natureza tributária, se faz necessário que a regulamentação seja feita mediante lei complementar.

Tanto é assim que o mesmo Tribunal Regional Federal, agora na arguição de inconstitucionalidade nº 0004671-46.2003.404.7200, deu provimento a mesma, em razão da invasão a matéria reservada a lei complementar. Leandro Paulsen¹³ em seu curso de direito tributário, indica o entendimento exarado na arguição de inconstitucionalidade:

o TRF4 decidiu pela inconstitucionalidade parcial do art. 40, caput e § 4o, da LEF, por entender que a interpretação que leva ao prazo de seis anos viola a reserva de lei complementar para cuidar de prescrição. Sua Corte Especial entende que não caberia ao legislador ordinário estabelecer hipótese de suspensão da prescrição, tampouco levar ao aumento do prazo quinquenal. Daí por que conta o prazo de cinco anos já a partir do despacho que determina a suspensão da execução e não do decurso de um ano

¹² Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

¹³ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289

Quanto a segunda inconstitucionalidade levantada por essa corrente – comando legal “b” –, verifica-se que a Lei nº 11.051/2004 ao incluir o § 4º ao art. 40 da LEF criou novo termo a quo para a contagem do prazo quinquenal de prescrição intercorrente, é dizer, por meio do manejo legislativo ordinário, se criou nova hipótese de interrupção do prazo prescricional, uma vez que o prazo é reiniciado do despacho que determina o arquivamento dos autos.

A partir dessa concepção, as únicas causas de interrupção do prazo prescricional estariam disciplinadas no parágrafo único do art. 174 do CTN, onde quaisquer outras hipóteses só poderiam ser criadas por lei complementar.

Seguindo esta linha de pensamento, o STJ posiciona-se:

“O Código Tributário Nacional tem natureza de lei complementar, sendo hierarquicamente superior à Lei de Execuções Fiscais. Não pode, portanto, lei ordinária estabelecer prazo prescricional da execução fiscal previsto em lei complementar.” (REsp 151.598/DF, Rel. Min. Garcia Vieira).

Como conclusão lógica, para os defensores deste entendimento, a inclusão do §4º ao art. 40 da LEF é inovação privativa a lei complementar e não a lei ordinária, sendo, portanto, inconstitucional o referido comando legal.

Portanto, ao partimos de uma leitura sistemática do “caput” e do §4º do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 chega-se a seguinte conclusão: suspenso o processo executivo, consequentemente restará suspensa a prescrição pelo prazo de um ano conforme o §2º e além disso, após o transcurso do prazo de um ano – frisa-se, o prazo prescricional estava suspenso –, sendo determinado o arquivamento, o prazo prescricional será interrompido e assim após seis anos será consumada a prescrição intercorrente. Todavia, de modo manifestamente contrário ao CTN e a CF/88.

4 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA LEI Nº 6.830/80 E SUA NATUREZA JURÍDICA DE NORMA PROCESSUAL

Na contramão da tese de inconstitucionalidade, ergue-se o entendimento que, a nosso pensar, melhor se compatibiliza com a segurança jurídica e reflete nitidamente a natureza processual cível da norma insculpida no art. 40, §4º da Lei nº 6.830/80 arrebatando a necessidade de lei complementar no caso em tela.

Nesse interim, o respeitado tributarista Eduardo Sabbag¹⁴ registra:

Com o art. 6º da Lei n. 11.051/2004 (que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80), e o art. 3º da Lei n. 11.280/2006 (que alterou o § 5º do art. 219 do CPC [o dispositivo não foi reproduzido pelo NCPC]), foi possível demarcar uma data limítrofe para a suspensão das execuções fiscais, permitindo -se ao juiz das execuções, na busca da estabilização dos conflitos e da necessária segurança jurídica aos litigantes, pronunciar -se de ofício sobre a prescrição – a chamada prescrição intercorrente

O “*caput*” do art. 40 ao dispor que “o Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens” pelo prazo de um ano, reflete, notadamente, na não fluência do prazo prescricional, é dizer, trata-se de uma consequência inequívoca da suspensão processual.

É de clareza solar que, enquanto suspenso o processo de execução fiscal, a Fazenda Pública mantém-se diligente e dirigindo os esforços necessários a atingir a finalidade do pleito executório, qual seja, adimplir o crédito tributário. Assim, em dedução lógica, passado o prazo de um ano – de suspensão do processo – o processo segue seu curso natural, apenas caso persista a situação do *caput* do art. 40 é que será determinado o arquivamento dos autos, onde, após passados o prazo prescricional, leia-se, processual, de cinco anos, será reconhecida a prescrição intercorrente.

Na doutrina, sobreleva a lição de Leandro Paulsen¹⁵, que explica:

A prescrição intercorrente é a que ocorre no curso da Execução Fiscal quando, interrompido o prazo prescricional pelo despacho do Juiz que determina a citação, se verificar a inércia do Fisco exequente, dando ensejo ao reinício do prazo quinquenal. O art. 40 da LEF estabelece que, não encontrado o devedor ou bens, haverá a suspensão do processo por um ano. Tal prazo é para que o Fisco exequente realize diligências administrativas para localizar o devedor e bens, conforme o caso. Durante tal suspensão, presume-se que o Exequente esteja diligente, de modo que o reinício do prazo prescricional só ocorre após o decurso do ano de suspensão, caso o Fisco permaneça inerte. Assim, nos autos, transcorrerão seis anos, desde a suspensão, para que se possa considerar ocorrida prescrição intercorrente.

Insta mencionar, que ao contrário do que defenda o entendimento exarado no tópico anterior, antes da inclusão do §4º ao art. 40 da LEF imperava

¹⁴ SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.176

¹⁵ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289

preocupante insegurança jurídica, uma vez que uma vez suspenso o processo executivo não se sabia precisamente qual era o limite da referida suspensão.

Nesse diapasão, a própria jurisprudência passou a estabelecer parâmetros, vejamos:

"A interpretação dada, pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei n. 06.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única suscetível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do Cód. Tributário Nacional, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia da lei complementar" (STF, RE 106.217-SP, Rei. Min. Octavio Gallotti, ac. de 08-08-1986, RTJ, 119:328).

"O art. 40 da Lei 6.830/80 é si/ente quanto ao prazo máximo da suspensão do curso da execução. Todavia, cumpre afastar interpretação que a identifique à imprescritibilidade. Analogicamente, considerar-se-á o prazo de um ano" (STJ, 2. a T., REsp.6.783-RS, Rei. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. de 17-12-1990, DJU, 4 mar. 1.991, p.1.981. No mesmo sentido: STJ, 1. a T., REsp.1.942-PR, Rei. Min. José de Jesus Filho, ac. de 5-11-1.990, DJU, 17 de Dez. 1.990, p.15.342).

Ora, o que o legislador fez foi apenas positivar o entendimento jurisprudencial a fim de aderir segurança jurídica ao instituto, evitando que o contribuinte fosse alvo eterno das lentes fiscais, devendo a suspensão perdurar pelo período máximo de um ano, onde a partir daí que iniciaria o prazo quinquenal de prescrição intercorrente.¹⁶

Posta assim a questão, não há que se falar em inconstitucionalidade do § 4º e muito menos do caput do art. 40 da Lei nº 8.630/80, pois nos termos do enunciado de Súmula nº 314 do STJ "*em execução fiscal, não localizados os bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*". Tanto é assim que, em mais de 30 (trinta) anos de vigência da sistemática imposta pelo art. 40 da LEF, nenhum executado questionou a referida regência processual.

¹⁶ "[...] não parece razoável que, sem demonstrar a exequente atividade durante o prazo de suspensão do processo – adotando diligências para o êxito da execução –, possa o litígio perdurar indefinidamente, mantendo a instabilidade jurídica e assoberbando o Judiciário com feito que, pela inação do exequente, não caminha para a sua solução. Desse modo, se realizada intimação com advertência, e ainda assim o credor não apresentar bens do devedor ou não requerer outras medidas pertinentes, fica inviabilizado o prosseguimento da execução, não cabendo a renovação da suspensão processual" (STJ. REsp 991507/RN. DJe 29.08.12).

É bem verdade que prescrição é matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, “b” da CF/88), e disso não ousamos discordar. Porém, no que se refere ao tratamento dado a prescrição intercorrente, ou seja, aquela que ocorre no curso do processo já em andamento, a LEF não prescreve norma de natureza material, e sim de natureza processual, pois não se vislumbra na legislação ordinária nenhuma hipótese de suspensão da prescrição, mas sim a suspensão do processo executivo, sendo a suspensão daquele consequência lógica e inerente a sistemática processual.

Mais uma vez, o professor Eduardo Sabbag¹⁷ sabiamente leciona:

Daí se afastar a tese de que a mencionada lei seria inconstitucional, por cuidar de matéria afeta à lei complementar (art. 146, III, “b”, CF). Parece -nos que não é este o melhor modo de ver, pois a norma não tratou de prazo prescricional, alterando a sistemática de contagem ou o período quinquenal, por exemplo, mas se limitou a dispor sobre matéria de direito processual civil.

Em outros termos, mostra-se peremptoriamente equivocado tratar a prescrição do art. 2º, §3º da LEF de modo análogo a prescrição intercorrente do art. 40, §4º do mesmo diploma legal. O que se torna relevante compreender é que o fato de não ser encontrado o devedor ou seus bens, resultando em suspensão da execução fiscal não conflita em hipótese alguma com as normas gerais de prescrição tributária.

No que se refere ao caráter processual, a fim de tornar translucido o fato de que o art. 40, §4º da Lei nº 8.630/80 é norma jurídica dotada de natureza processual, entendemos pertinente, por meio do quadro abaixo, comparar o tratamento dado pelo Novo Código de Processo Civil ao tratar das execuções em geral, onde – seguindo a lei específica – atribui tratamento congênere ao disposto na Lei de Execuções Fiscais, vejamos:

¹⁷ SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.176

Lei Ordinária nº 8.630/80 (Lei de Execuções Fiscais)	Lei Ordinária nº 13. 105/2015 (Novo Código de Processo Civil)
Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.	Art. 921. Suspende-se a execução: III - quando o executado não possuir bens penhoráveis; § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.
§ 2º - Decorrido o prazo máximo de um ano , sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.	§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.
§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.	§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.
§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional , o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decreta-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051 de 2004).	§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

No que tange a semelhança entre o CPC/2015 e a Lei nº 6.830/80 quanto ao tratamento dado a prescrição intercorrente, Fredie Didier Jr. esclarece:¹⁸

Para que se configure a prescrição intercorrente, é preciso que haja algum tipo de comportamento do credor/exequente, do qual decorra a paralisação do processo pelo tempo necessário à configuração da prescrição. É preciso que a paralisação seja imputada ao credor/exequente.

A Lei n. 6.830 /1980 (Lei de Execução Fiscal) regulou o assunto no âmbito das execuções fiscais (art. 40). O CPC-2015 resolveu generalizar. Previu expressamente a possibilidade de a execução ser extinta, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente (art. 924, V, CPC). O art. 921 do CPC disciplina o específico caso de prescrição intercorrente em razão da suspensão do processo pela inexistência de bens penhoráveis (art. 921, III, CPC). Os §§ do art. 921 cuidam do assunto, seguindo o modelo previsto na Lei de Execução Fiscal. (grifo nosso)

Ainda nesse sentido, pontua, o erudito, Elpídio Donizetti:¹⁹

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p.457.

¹⁹ DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.166.

Prescrição intercorrente – Inciso III. Não possuindo o devedor bens passíveis de penhora, a execução não poderá prosseguir em razão da impossibilidade de se satisfazer o crédito exequendo. Assim, a execução ficará suspensa até que o executado adquira bens penhoráveis cujo valor seja capaz de assegurar a realização do crédito do exequente.

Considerando que essa suspensão não pode ser por prazo indeterminado, o novo CPC dispõe que o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual se suspenderá a prescrição (art. 921, § 1º). Findo esse prazo sem manifestação do exequente, deve ter início o prazo da prescrição intercorrente, conforme possibilita o art. 921, § 4º. O legislador acabou consolidando na lei processual a regra da execução fiscal (art. 40 da Lei nº 6.830/1980) e o entendimento contido na Súmula 314 do STJ (“Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”).

Solidificando a presente tese o Superior Tribunal de Justiça, lucidamente vem decidindo:

"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO COM BASE EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO POR FALTA DE BENS PENHORÁVEIS - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. I- Pressupõe a prescrição diligência que o credor, pessoalmente intimado, deve cumprir, mas não cumpre no prazo prescricional. II - Estando suspensa a execução a requerimento do credor, pela inexistência, em nome do devedor, de bens penhoráveis, não tem curso o prazo de prescrição. Inteligência nos arts. 791,111 e 793, do Código de Processo Civil. III- Recurso conhecido e provido."

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. A Corte assentou na sua jurisprudência que a prescrição intercorrente não ocorre quando suspensa a execução, a requerimento do credor, pela inexistência de bens penhoráveis"

"Estando suspensa a execução, em razão de ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente" (STJ - 4a Turma – Resp 280.873-PR, Rel. Min. Sálvio Figueiredo).

"Todavia, flui o prazo prescricional se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las" (STJ - 4a Turma - Resp 327.329-RJ, Rel. Min. Sálvio Figueiredo).

Portanto, entendemos que não há que se falar em inconstitucionalidade da norma prevista no art. 40, §4º da LEF, uma vez que por se tratar de norma de caráter processual poderia, assim como foi, ser regulada por lei ordinária.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pode ser notado da sistemática processual consagrada tanto pela jurisprudência como pela doutrina a não localização do executado ou a falta

de bens penhoráveis é razão para suspender o processo executivo fiscal pelo prazo máximo de um ano, não correndo nesse período o prazo de prescrição. Transcorrido o período de que fala o §2º da lei nº 6.830/80, será determinado o arquivamento dos autos.²⁰

Com o advento do §4º a lei nº 6.830/80 – inserido pelo art. 6º da nº 11.051/2004 – foi estipulado um limite temporal, onde a partir da decisão de arquivamento será iniciado a contagem do prazo quinquenal de prescrição intercorrente.²¹

Ocorre que, diante de tal sistemática, começou a ser levantada uma aparente inconstitucionalidade em tal preceito normativo sob o fundamento de que, por tratar de prescrição tributária, a matéria deveria – supostamente – ser regulada por lei complementar nos termos do art. 146, III, “b” da Constituição Federal de 1988 e não meramente por lei ordinária, sendo assim sustentado a ruptura do §4º do art. 40 da LEF com o restante do sistema tributário nacional.

Corroborando com tal entendimento, verificou-se, inclusive, que, o TRF da 4ª Região, ao julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade nº 0004671-46.2003.404.7200, declarou inconstitucional o “caput” e o §4º do art. 40 da lei de execuções fiscais, por entender, respectivamente, que estaria o legislador ordinário criando novas hipótese de suspensão e interrupção do prazo prescricional intercorrente.

Como já fora outrora mencionado, está passível de julgamento o RE 636.562/SC, que trata da matéria, atingido pela sistemática de repercussão geral, onde até a publicação do presente trabalho ainda não foi decidido pela constitucionalidade ou não do dispositivo.

Em que pese, o imensurável respeito a decisão do TRF-4 e daqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo em epigrafe e com base nos argumentos desenvolvidos no tópico anterior, entendemos que não há motivos para que prevalece a teses de inconstitucionalidade.²²

²⁰ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. n. 143, p. 426

²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo – 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.451-452

²² Eduardo Sabbag em seu manual de direito tributário deixa claro que “não é este o melhor modo de ver, pois a norma não tratou de prazo prescricional, alterando a sistemática de contagem ou o período quinquenal, por exemplo, mas se limitou a dispor sobre matéria de direito processual civil.” (SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 938)

Do ponto de vista prático, tanto o “*caput*” como o §4º da LEF possuem natureza jurídica processual, tanto que o STJ editou o enunciado de sumula nº 314.

O fato é que apesar do clichê jurídico, não devemos nos afastar da máxima “*dormientibus non succurrit jus*”, sendo o art. 40 da LEF a postura legislativa mais acertada e inclusive ratificada pelos tribunais pátrios.

Em conclusão, entendemos que não é o caso de se reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo em tela. Todavia, ao STF incumbirá, mais uma vez, pacificar a discussão e adotar uma das duas teses suscitadas no presente trabalho e somente assim, estaremos acobertados por eficaz segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito Tributário. – 18. Ed. Ver e atual – São Paulo: Saraiva.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo – 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

MOUZALAS, Rinaldo. Processo Civil volume único – 8. ed. rev., am pl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal: Vertentes do STJ e as Inovações da lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005. Revista Dialética de Direito tributário nº. 125, São Paulo, Editora Dialética, 2016.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTI. Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário – aspectos teóricos, práticos e análise das decisões do STJ. Revista Dialética de direito tributário, São Paulo n. 62, nov. 2002.

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DOS
PRECEDENTES NO CPC/2015: UM DEBATE NECESSÁRIO**

*(Un)constitutionality of binding precedents in the Civil Procedure Code of
2015: a necessary debate)*

Ravi Peixoto

Doutorando em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador do Município do Recife. Advogado.

RESUMO: Com a inserção de um rol de precedentes obrigatórios no art. 927 do CPC/2015, surgiu um relevante debate acerca da constitucionalidade da previsão da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional. Para que se possa defender a constitucionalidade dessa previsão, far-se-á uma revisão das diversas correntes doutrinárias que analisam o tema. Posteriormente, será feita uma resenha crítica dessas doutrinas para elencar os argumentos que evidenciam a inexistência de qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Precedentes. Precedentes obrigatórios. Constitucionalidade. Legislação infraconstitucional.

ABSTRACT: With the insertion of a list of binding precedents in the article 927 of the Civil Procedure Code of 2015, an interesting debate rose about the unconstitutionality of the insertion of the obligatory of precedents through legislation and not by changing the Constitution. To be able to defend its constitutionality it will be made a revision of the various doctrinaire positions. After it, there will be a critic review of them, in order to present the arguments that shows that there are no problems of constitutionality with the insertion of the binding precedents through the legislation.

Keywords: Precedent. Binding precedents. Constitutionality. Legislation.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes novidades no CPC/2015 é a tentativa de desenvolvimento de uma cultura de precedentes obrigatórios. Não apenas no art. 927, que menciona os precedentes obrigatórios, mas em vários outros momentos, esse objetivo é perceptível, a exemplo do art. 8º, que menciona a aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado, que inclui os precedentes vinculantes¹, pela tutela de evidência com base em algumas espécies de precedentes obrigatórios (art. 311, II), pela improcedência liminar do pedido, que deve estar de acordo com o entendimento dos tribunais (art. 332), pelos poderes do relator (art. 932), pelo incidente de assunção de competência (art. 947), pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976-987), pela reclamação (art. 988-993) etc., todos eles estão relacionados com a temática base dos precedentes.²

Dentre esses textos normativos, um dos artigos chave para o funcionamento dos precedentes é o art. 927, do CPC/2015, e a previsão de uma listagem de precedentes obrigatórios, o qual já tem sido alvo de um sem número de discussões, desde o significado do termo “observarão”, passando pela alegação de inconstitucionalidade de algumas das espécies de decisão listadas e ainda pela análise de sua taxatividade ou não.

O objetivo deste texto é o de debater primordialmente o problema da (in) constitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes contidos no art. 927. Para tanto, far-se-á uma inicial análise do significado do termo “observarão”, pois, a alegada inconstitucionalidade só existirá caso se admita que ele implica a obrigatoriedade dos precedentes. Posteriormente, passar-se-á ao específico tema do artigo, com a análise das diversas correntes e seus argumentos para, ao fim, defender que não existe qualquer vício de inconstitucionalidade na fixação da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional.

2. O SIGNIFICADO DO TERMO “OBSERVARÃO” NO CAPUT DO ART. 927

Ocaput do art. 927, do CPC/2015, afirma que os “Os juízes e os tribunais observarão”, ao iniciar o elenco dos precedentes que devem ser seguidos. Trata-

¹ Nesse sentido o enunciado n. 380, do FPPC: A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes.

² Para uma visão de diversos institutos ligados aos precedentes no CPC/2015 e ainda das mudanças em outros institutos a partir da introdução de precedentes obrigatórios no direito brasileiro, cf.: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 317-540.

se do primeiro problema a ser debatido, pois todos os outros dependem da forma de percepção do seu significado, afinal, se se tratar de mera persuasão, não haverá sequer a necessidade de discussão acerca da constitucionalidade ou não dos precedentes supostamente obrigatórios, mencionados no referido texto normativo.

Adota-se o posicionamento de que, para além de uma mera persuasão, tais precedentes são obrigatórios, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, quando o caso em questão estiver sob o âmbito de incidência de uma das situações listadas no art. 927, entendimento adotado pelo enunciado n. 170, do FPPC.³⁻⁴

A listagem proposta pelo art. 927, do CPC/2015, de força vinculante é a seguinte: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, b) os enunciados de súmula vinculante, c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para Alexandre Freitas Câmara, o comando do caput do art. 927: “observarão” implica apenas um dever de levar o precedente em consideração, requerendo outra norma que a ele atribua eficácia vinculante. Afirma o autor que o caso “a” é vinculante pelo comando do art. 102, §2º, da CR, o “b” pelo art. 103-A, da CR, o incidente de assunção de competência, pelo art. 947, §3º, do CPC, o

³ No mesmo sentido, destacando a obrigatoriedade dos precedentes, tem-se o enunciado 170, do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Na mesma linha: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015, p. 467; ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016, p.

⁴ Parte-se do pressuposto de que as causas repetitivas estão relacionadas com a teoria dos precedentes e não com a coisa julgada, como vem defendendo Marinoni, ponto de vista que implicaria uma outra espécie de discussão. Sobre o ponto de vista do autor: MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedentes. São Paulo: RT, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. Consequências da equivocada aproximação do “IRDR” ao sistema de precedentes. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

IRDR, pelo art. 985, I e II, do CPC/2015 e os recursos especial e extraordinário repetitivos, pelo art. 1.040, do CPC/2015. Os demais casos mencionados seriam meramente persuasivos.⁵ Conclusão semelhante é alcançada por José Miguel Garcia Medina, mas com o foco para o cabimento de reclamação como instrumento apto a gerar uma vinculação formal. Assim, os casos dos incisos IV e V do art. 927 do CPC seriam apenas persuasivos por não ser cabível a reclamação, muito embora não possam ser ignorados por força do art. 489, §1º, VI, CPC, que exige a devida fundamentação para a não aplicação do precedente.⁶

A vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo “observarão” não parece, ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenha eficácia vinculante. Lembre-se que o próprio STF já considerava que os precedentes originados de recursos extraordinários com repercussão geral eram vinculantes sob a égide do CPC/1973.⁷ Em um CPC que tanto fortalece os precedentes, seria um contrassenso a interpretação restritiva da vinculação do art. 927, que implicaria até a retirada da eficácia vinculante já apontada pelo STF no período do CPC/1973.

É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante.⁸ Nos casos em que cabível, a reclamação atua apenas como mais um remédio jurídico

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434-435.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.324. Fazendo a relação entre vinculação do precedente e o cabimento da reclamação: PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 507.

⁷ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.

⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488-493. Hermes Zaneti também parece ter entendimento semelhante, ao classificar os precedentes em normativos vinculantes, normativos formalmente vinculantes (de iure) e normativos formalmente vinculantes fortes (de iure) e indicar que apenas estes últimos podem ser impugnados por algum remédio jurídico processual autônomo. (O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343-345).

processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante.⁹

A segurança jurídica e a exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inseridas no art. 926, do CPC/2015, impõem que os precedentes mencionados no art. 927, do CPC/2015, sejam considerados obrigatórios. A coerência e a integridade do direito devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, sendo necessária a compreensão de que “os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam suas “opiniões””.¹⁰ Tais características fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de orientação de tais tribunais, valorizada pelo CPC/2015.

Assim, é evidente que ao se utilizar do termo “observarão”, o CPC/2015 impõe a obrigatoriedade dos precedentes listados no rol do art. 927. Enfim, fixada a premissa da obrigatoriedade dos precedentes no CPC/2015, é possível passar ao debate específico da sua (in) constitucionalidade.

3. HÁ ALGUMA INCONSTITUCIONALIDADE NO ROL DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS CONSTANTES DO ART. 927?

3.1. OS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE

Há posição doutrinária que considera o rol de precedentes obrigatórios existente no art. 927 inconstitucional, desde que não haja previsão semelhante na

⁹ A bem da verdade, como já mencionado em outro texto, o cabimento da reclamação para controle dos precedentes “Trata-se de uma medida autoritária, que parecer permitir o entendimento de que, em relação a esses precedentes, haveria apenas um intérprete”.(PEIXOTO, Ravi. Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamacao-e-precedentes-obrigatorios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016). Também criticando o cabimento de reclamação para o controle de precedentes eis que “Em termos de política legislativa, trata-se de previsão em si mesma equivocada. A ação de reclamação tem a ver com a tutela da autoridade da decisão do caso concreto, isto é, tem a ver com desrespeito ao dispositivo de determinada decisão. Pertence, portanto, ao discurso do caso concreto. Nada diz respeito ao discurso da unidade da ordem jurídica”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p.114).

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.073.

Constituição.¹¹ O juiz não seria nem boca da lei e nem boca dos tribunais, estando apenas obrigado a aplicar a súmula vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (art. 102, §2º e art. 103-A, ambos da CFRB). Nas demais situações, aplicaria “livremente os preceitos abstratos e gerais (leis, lato sensu) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal”.¹² Não seria possível, por meio de lei ordinária, impor a vinculação de “preceitos abstratos, gerais, com característica de lei”, com aptidão para obrigar a sociedade como um todo. O STF e o STJ apenas são aptos a decidir caso concreto e não poderiam legislar.

Quando o art. 927 utiliza o termo “observarão”, estaria “considerando esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei”. Isso significaria conceder poder aos tribunais de legislar, o que apenas poderia ser realizado por meio de emenda constitucional, o que não seria o caso, tornando os incisos III, IV e V, do art. 927 inconstitucionais. Assim, tais precedentes seriam tão somente em persuasivos. Ou seja, seriam observados apenas pelo seu conteúdo e não por sua autoridade.¹³ Adiantando-se aos seus críticos, ainda se afirma que, mesmo que se tente apontar que a obrigatoriedade dos precedentes previstos na legislação infraconstitucional seria dirigida apenas ao Poder Judiciário, isto não ocorreria com o IRDR, eis que o art. 985, §2º do CPC exigiria que, nos casos em que o incidente seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação.¹⁴

¹¹ Nesse sentido, sem maiores considerações: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital, capítulo 16, tópico 2.1. De acordo com Cruz e Tucci, haveria “inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados do controle concentrado de constitucionalidade”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454). Também com esse raciocínio: ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.836. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 370.

¹³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado... cit., p. 1.837. Com o mesmo raciocínio: MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016. Também defendendo a inconstitucionalidade, aparentemente, com argumentos semelhantes: ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927. STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.200-1.201.

¹⁴ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.200-1.2001.

A inserção de tal obrigatoriedade na legislação infraconstitucional violaria a independência funcional dos magistrados e a separação funcional de poderes. Há, ainda, a referência a um pré-julgado do Tribunal Superior Eleitoral¹⁵ e a um do Supremo Tribunal Federal,¹⁶ o primeiro tratando da inconstitucionalidade do instituto do prejulgado previsto no art. 263 do Código Eleitoral em relação à Constituição de 1988 e o segundo em uma representação de inconstitucionalidade, em que se entendeu que o art. 902, §1º, da CLT, que concedia força normativa geral às decisões do TST não teria sido recepcionado pela Constituição de 1946.¹⁷ Destaque-se que os dois julgados mencionados datam respectivamente de 1977 e 1992, em que a compreensão da atuação judicial era diversa da existente na atualidade.

Em outros termos, essa doutrina entende que os juízes são livres para decidir sem qualquer vinculação por meio dos precedentes, desde que de acordo com as leis *lato sensu*, salvo previsão constitucional, apenas seguindo os precedentes dos tribunais superiores nos casos em que concordem com o seu conteúdo.

3.2. UMA AVALIAÇÃO DA POLÊMICA

3.2.1. Uma breve excursão aos assentos portugueses e a sua relação com a inserção dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro¹⁸

De certa forma, o raciocínio da doutrina para apontar a inconstitucionalidade dos precedentes parece estar muito conexo com o desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Português para decretar a inconstitucionalidade dos assentos.¹⁹

¹⁵ TSE, Tribunal Pleno, Respe. N. 9.936-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, acórdão n. 12.501, j. 14/09/1992.

¹⁶ STF, Tribunal Pleno, Rp 946, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 12/05/1977, DJ 01/07/1977.

¹⁷ Essa argumentação advém dos seguintes autores: ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 392; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 588-591; CAVALCANTI, Marcos. CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas.... cit., p. 366-372.

¹⁸ Nesse tópico, faço um agradecimento ao amigo Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior, que foi essencial para a adequada interpretação do julgado do Tribunal Constitucional Português.

¹⁹ Ver, por exemplo, menção aos assentos em comparação com os precedentes obrigatórios no direito brasileiro em: ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 208, jun.-2012, versão digital, tópico 4; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas.... cit., p. 371.

Os assentos eram uma espécie de poder normativo geral atribuído ao Supremo Tribunal de Justiça português com a finalidade específica de limitar o processo de individualização do direito, sendo entendido como detentor das seguintes características: (1) – um critério jurídico universalmente vinculante; (2) – prescrito por um órgão judicial; (3) – sob a forma de uma norma (no sentido de preceito geral e abstrato) que passava a integrar o sistema jurídico ao lado das demais.²⁰

As decisões plenárias tomadas a partir de um recurso de uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português eram reduzidas a uma espécie de enunciado com caráter geral e abstrato, com aptidão para vincular a todos – não apenas o Poder Judiciário -. Além disso, ele detinha um caráter imutável, ou seja, não era apto a ser revisado pelo próprio órgão que o editou, eis que o Código de Processo Civil de 1961, embora tivesse mantido a regulação do CPC de 1939, eliminara a faculdade concedida ao Supremo Tribunal de Justiça de alterar a doutrina fixada nos seus assentos.

Inicialmente, deve-se mencionar que a concessão de força obrigatória geral era concedida aos assentos pelo art. 2º do Código Civil com a seguinte redação:

Artigo 2º. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

Havia forte polêmica doutrinária sobre a sua constitucionalidade e, em 1993, o Tribunal Constitucional se deparou com um caso concreto em que era questionada justamente a constitucionalidade dos assentos. Ocorre que a decisão não foi tão simples como por vezes aponta a doutrina no sentido da inconstitucionalidade desses assentos.

No dispositivo da decisão do Tribunal Constitucional, consta a seguinte afirmativa:

Julgar inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição.²¹

²⁰ Com mais vagar, sobre o tema: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 79-93; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: RT, 2009, p. 159-176; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 217-237.

²¹ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

Enfim, antes de se entender a motivação, destaca-se que os assentos não foram reconhecidos como inconstitucionais em sua totalidade, mas tão somente na parte em que atuavam como “doutrina com força obrigatória geral”, para além do Poder Judiciário. Tanto a inconstitucionalidade do assento não era total que no capítulo decisório acerca do caso concreto no qual se questionava a constitucionalidade desse instituto e havia requerimento de reforma da decisão porque baseada no assento o julgamento foi pela improcedência do recurso.

Destaque-se que esse mesmo raciocínio e adiante a explanada justificação foram reiterados em 1996 pelo Tribunal Constitucional²² e que o Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro havia revogado o art. 2º do Código Civil, pondo fim à história dos assentos.

Passando à temática principal, os motivos pelos quais houve o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial dos assentos, é imprescindível a transcrição de um relevante trecho do acórdão:

[...] o Código de Processo Civil de 1961 suprimiu a possibilidade de modificação dos assentos, constante do artigo 769º do Código de 1939, possibilidade essa já contemplada no artigo 66º do Decreto nº 12.353 que, por seu turno, recebera inspiração no Decreto nº 4620.

A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial.

Ora, tanto a eficácia jurídica universal atribuída à doutrina dos assentos, como o seu carácter de imutabilidade, não só se apresentam como atributos anómalos relativamente à forma inicial da sua instituição em 1939, mas também se configuram como formas de caracterização inadequada de um instituto que visa a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica.

E parece poder afirmar-se que, desprovida desta caracterização, isto é, sem força vinculativa geral e sujeita, em princípio, à contradita das partes e à modificação pelo próprio tribunal dela emitente, aquela doutrina perderá a natureza de acto normativo de interpretação e integração autêntica da lei.²³

Face a esta situação, e com base no princípio da tipicidade das leis constantes da Constituição Portuguesa, vedando a criação pela via legal de outras categorias de atos legislativos (art. 115, CP), o Tribunal Constitucional português considerou que, pelas características particulares dos assentos, eles seriam parcialmente inconstitucionais. Afinal, o assento elaborado a partir da decisão atuaria

²² Tribunal Constitucional, Acórdão nº 743/96, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

²³ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Grifos nossos.

estritamente [como] as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desses acórdãos. O assento é o ‘preceito que coroa a decisão do caso concreto’ com ‘força genérica’ (Antunes Varela. Do Projecto ao Código Civil. p. 18), não a própria decisão do caso concreto ou o conteúdo normativo casuístico dessa decisão.

Originados embora numa decisão jurisprudencial que deles constitui pressuposto jurídico, os assentos normativamente objectivam, para além dessa decisão, uma prescrição que fica a valer geral e abstractamente para o futuro, sendo assim equiparados a fontes de direito²⁴

Afinal, os assentos foram tidos por parcialmente inconstitucionais pelos seguintes motivos: a) os assentos tinham um carácter estático e imutável, ou seja, não havia autorização para a sua revisão. Uma vez editado um assento, este seria permanente, que foi a mesma situação ocorrida na Inglaterra e a fixação de precedentes obrigatórios entre 1898 e 1966, em que não podia haver a superação de precedentes; b) a sua obrigatoriedade era geral, no sentido de que vinculava os tribunais que estavam fora do Poder Judiciário e, de forma direta também a comunidade em geral, o que os assemelhava às leis.

No entanto, o próprio tribunal indicou que:

Desde que a doutrina estabelecida no assento apenas obrigue os juízes e os tribunais dependentes e hierarquicamente subordinados àquele que o tenha emitido, e não já os tribunais das outras ordens nem a comunidade em geral, deixa de dispôr de força obrigatória geral o que representa, no entendimento de Marcello Caetano, a perda automática do valor que é próprio dos actos legislativos (cfr. ob. loc. cit.).

Com efeito, desde que o Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de recurso interposto pelas partes, disponha de competência para proceder à revisibilidade dos assentos - e não cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre os pressupostos e a amplitude do esquema processual a seguir em ordem à concretização desse objectivo - a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da respectiva hierarquia, perderá o carácter normativo para se situar no plano da mera eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples jurisprudência qualificada.

E assim sendo, a norma do artigo 2º do Código Civil, entendida como significando que os tribunais podem fixar, por meio de assentos doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, susceptível de por este vir a ser alterada, deixará de conflitar com a norma do artigo 115º, nº 5 da Constituição.²⁵

Em outros termos, o Tribunal Constitucional português não vedou, em abstrato, a concessão de eficácia vinculante aos pronunciamentos do Poder

²⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 810/93, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Texto entre colchetes nosso.

²⁵ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

Judiciário sem a devida reforma constitucional. Esta poderia ser realizada desde que baseada na hierarquia existente entre os tribunais tivesse eficácia interna e fosse revogável, o que retiraria o seu caráter legislativo. O problema percebido era o excesso de autonomia dos assentos em relação às decisões e a sua imutabilidade.

Não se pode confundir decisão de controle de validade de normas jurídicas, seja ela um controle de constitucionalidade, seja o da validade jurídica em geral, mesmo que com vinculação geral com a função legislativa. Enquanto a decisão de invalidade tem um efeito tão somente negativo, o ato legislativo detém necessariamente um efeito positivo. Mais ainda, a tão só concessão de eficácia geral não implica igualar um ato jurisdicional ao legislativo, pois, embora a generalidade seja uma característica da lei, não é um elemento suficiente. Não se pode confundir a revogação – ato legislativo – com anulação, que pode ocorrer na atuação jurisdicional. Enquanto o primeiro é um ato de disposição-atuação desvinculado, o segundo necessariamente tem por base a violação de norma superior ou de algum vínculo normativo específico.²⁶

Outra diferença existente entre a função legislativa e a jurisdicional é a de que, enquanto o Poder Legislativo pode, desde que não haja inconstitucionalidade, implementar qualquer regra legal que desejar, sem qualquer exigência de fundamentação. A atuação jurisdicional não pode ser arbitrária, devendo ser fundada em argumentos jurídicos e baseadas nos textos normativos em vigor.²⁷ Também não possui o precedente caráter definitivo de um texto normativo, sendo mais frágil, estando sempre sujeito a modificação. A superação de precedentes é mais limitada pela necessidade de fundamentação e a limitação causada pelos textos normativos.

Mesmo a função de controle de constitucionalidade – mesmo o abstrato e concentrado - não implica a concessão de uma atuação legislativa ao Poder Judiciário. Portanto, é preciso compreender que “a expressão “legislador

²⁶ NEVES, A. Castanheira. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 612.

²⁷ Destacando essa diferenciação: ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quietamovere: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). The law of obligations: essays in celebration of John Fleming. Oxford: Clarendon, 1998., p. 305-306; GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 222; ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 182; MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 87; HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedent. HERSHOVITZ, Scott (ed). Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006, versão kindle, página 86 de 328.

negativo” não traduz a função “legislativa” do tribunal”.²⁸ A lógica dessa atuação é a mesma que permite ao Poder Judiciário anular um determinado ato administrativo. E, como se disse, a concessão de eficácia geral a essa decisão do Poder Judiciário não gera, para ele, o exercício do poder legislativo. O paralelismo será tão somente formal, jamais material, eis que as eventuais consequências podem ser iguais.²⁹ Em outros termos, mesmo o controle de constitucionalidade concentrado consiste no exercício da função jurisdicional típica.

Afinal, não é a concessão de eficácia vinculante que torna um ato jurisdicional detentor de natureza legislativa. De acordo com Castanheira Neves, para que isso ocorra, são necessárias as seguintes características: “1) uma prescrição, e não um juízo; 2) que comprometa universalmente a ordem jurídica; 3) e no qual a ordem jurídica se compromete a) já instituindo um status jurídico, em intenção puramente jurídica, b) já estatuinto uma solução programática, pré-determinada e de aplicação futura, de certo tipo de problema social, em intenção político-jurídica”.³⁰

O mesmo autor, no entanto, traz diversas críticas à atuação vinculante do Poder Judiciário, sempre focada nos assentos português, que teriam um caráter excessivamente abstrato, fechando completamente a possibilidade de diálogo e da contínua reconstrução do entendimento acerca dos diversos textos normativos. Ocorre que, ao analisar o regime de precedentes constante do common law, parece considerar a fixação da vinculação de precedentes como possível e não como detentora de uma natureza legislativa. Isso por fazer referência à aptidão daquele sistema de caminhar por meio de um equilíbrio “entre a estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da conjugação daquela vinculação com as possibilidades do *distinguishing* do *overruling*”.³¹

É preciso que as razões pela inconstitucionalidade parcial dos assentos portugueses sejam compreendidas adequadamente. Quando observado do ponto de vista do Tribunal Constitucional, o efetivo problema era o de que eles

²⁸ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015... cit., p. 383.

²⁹ NEVES, A. Castanheira. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais.. cit., p. 613.

³⁰ Idem, ibidem, p. 615.

³¹ Idem, ibidem, p. 669. O mesmo autor destaca essa flexibilidade do case lawem: NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LVIII, 1982, p. 207-209.

funcionavam como “proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente”, atuando como fonte autônoma do direito. Consta do próprio acórdão que reconheceu a sua inconstitucionalidade a afirmação de que esta não existiria caso a vinculação ocorresse dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, obrigando tão somente os tribunais submetidos hierarquicamente ao Supremo Tribunal de Justiça e desde que existam mecanismos para que o precedente fosse debatido pelas partes a eles sujeitas.

Do ponto de vista de Castanheira Neves, o problema seria a forma de atuação dos assentos, que fugiria à atividade típica dos tribunais, que seria a de decidir casos concretos para ter uma natureza de eficácia geral, mas atuando tão somente com natureza prescritiva.

O problema existente na ordem jurídica portuguesa não era a existência de fixação de vinculação por meio de legislação infraconstitucional, mas a forma com a qual essa vinculação fora realizada, que tornava os assentos uma fonte autônoma do direito, impedindo sequer a discussão pelas partes, além do seu caráter de imutabilidade.

3.2.2. De volta ao processo brasileiro

Trazendo todo o raciocínio desenvolvido no direito português para o direito brasileiro, parece possível comparar, em partes, o posicionamento desenvolvido pela doutrina pátria na defesa da inconstitucionalidade da fixação de precedentes obrigatórios com a conclusão alcançada pelo Tribunal Constitucional português, como será demonstrado.

3.2.2.1. Os precedentes transformam os juízes em bocas dos tribunais?

Um primeiro argumento a ser combatido é o de que, de forma alguma, inserir precedentes obrigatórios em uma cultura jurídica implica o seu engessamento e a transformação dos juízes em “bocas dos tribunais”. Os precedentes são textos e, tal qual a lei, precisarão ser interpretados dentro da sua facticidade, sempre havendo a possibilidade de superação pelo tribunal competente e da realização da distinção pelos demais tribunais.

Ao que parece, a crítica é dirigida a uma forma errônea de aplicação de precedentes. Por exemplo, na elaboração da súmula vinculante n. 14, que permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso, houve o voto contrário da Ministra Ellen Gracie sob o fundamento de que uma súmula sobre o tema

dependeria da interpretação de autoridades policiais. Isso seria um problema, pois “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”.³²

Não se pode, de forma alguma, defender que os precedentes e as súmulas impedem ou dispensam a interpretação e nem isso é defendido pela doutrina, seja ela estrangeira ou brasileira.³³ Afinal, mesmo a súmula é um texto que requer a interpretação, que deve estar relacionada também aos precedentes que a formaram e os que vieram a aplica-la posteriormente.³⁴ Portanto, é evidente que o precedente é um texto normativo como qualquer outro.³⁵

A mesma coisa ocorre com os precedentes. Eles são vinculantes - goste ou não o magistrado do posicionamento tomado - mas isso obviamente não impede que ele seja interpretado.

³² Plenário edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>. Acesso às 12h, do dia 30 de julho de 2016.

³³ Dentre muitos outros: BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 98-100; FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 76; NEVES, A. Castanheira. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais... cit., p. 208-209. No direito brasileiro, ver, por exemplo afirmações como “A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acesso às 15h, do dia 24 de setembro de 2016). Com afirmação praticamente idêntica, no sentido de que “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259). Também demonstrando preocupação com a interpretação dos precedentes: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil... cit., p. 317-322; PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16... cit., p. 501-502; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 177-182; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 506. Como aponta Goodhart, “Se fosse possível desenvolver um método em que todos os precedentes fossem determinados, as dificuldades da interpretação desapareceriam, mas eu acredito que isso é uma vã esperança”. Tradução livre do original: “If it were possible to devise a method by which all precedents would become determinate, then the difficulties of interpretation would disappear, but I believe that this is a vain hope”. (GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. The Modern Law Review, v. 22, 1959, p. 124).

³⁴ Nesse sentido, embora com uma perspectiva diversa, defendendo que as súmulas teriam natureza legislativa, cf.: ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59.

³⁵ Pode-se discutir a forma de interpretar a lei e o precedente. No primeiro, tem-se um texto que não é diretamente conectado a nenhum caso concreto específico, escrito de forma abstrata, em que discute-se termo por termo etc. No precedente, tem-se a necessidade de uma observação do caso como um todo, dos fatos, da argumentação, da verificação da (in)existência de uma *ratio decidendi* compartilhada por uma maioria. Enfim, podem existir diferenças quantos aos limites do intérprete em cada um dos casos e mesmo à sua forma, mas parece-me inevitável que há, em ambos os casos, uma atividade de interpretação. McCormick, por exemplo, destaca que ambos possuem força devido à autoridade que os produz, mas, que no caso da legislação, cada um dos casos deve ser levado em conta, o que não ocorreria no precedente (MACCORMICK, Neil. Rethoric and the rule of law. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 143).

O art. 489, §1º, V do CPC exige que, para uma decisão ser considerada fundamentada na aplicação de precedentes, haja uma adequada identificação dos seus fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Um sistema de precedentes depende de um equilíbrio entre permanência e mudança constantes, cabendo sempre a interpretação do precedente invocado ou da súmula para verificar a sua adequação ao caso concreto, sendo possível, por exemplo, a alegação de distinção no caso concreto.

A inserção dos precedentes obrigatórios na dinâmica do direito brasileiro requer o desenvolvimento de toda uma técnica apta a interpretá-los adequadamente.³⁶ Para que se possa verificar a incidência de uma determinada *ratio decidendi* a um outro caso concreto, pressupõe-se uma análise comparativa entre as duas situações fáticas alegadas pelas partes para verificar a (im) possibilidade de incidência da norma do precedente invocado. As partes podem ainda requerer a necessidade de utilização da técnica da distinção, por meio da alegação de que o seu caso, em tese, seria abrangido pelo precedente invocado, mas que detém alguma particularidade fática relevante. Além de tudo isso, ainda é imprescindível compreender que a norma do precedente não é construída de forma unilateral pelos tribunais superiores, havendo uma construção dialética constante, que depende da participação contínua das partes e dos demais órgãos jurisdicionais.³⁷ A aplicação do precedente, portanto, exigirá tanto a interpretação dos fatos de ambos os casos, quanto da própria *ratio decidendi* para ser possível identificar o seu âmbito de incidência.³⁸

A bem da verdade, se por um lado o precedente tenta reduzir a amplitude das possíveis interpretações de um determinado texto normativo, por outro, ele impõe que o operador do direito lide com mais uma espécie de dado normativo. O precedente, neste sentido, não implica, de forma alguma, em uma nova exegese, sempre exigindo interpretação, tal qual ocorreria com qualquer outra espécie de texto normativo, ora enriquecida pela participação ainda mais próxima dos fatos concretos.

³⁶ Destacando os vários desafios provocados pela necessidade de se levar os precedentes a sério no CPC/2015: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

³⁷ Nesse sentido: MOURÃO FILHO, Juraci Mourão. O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 154-155.

³⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral da personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 256, jun.-2016, p 332.

Mais ainda, é preciso destacar que há também um aspecto material no *stare decisis*. Neil Maccormick aponta que os próprios juízes no common law consideram possuir maior liberdade para interpretar os precedentes considerados infundados.³⁹ Há também quem fale em redefinição do precedente nos mesmos casos.⁴⁰ Mas isso não retira a vinculação/obrigatoriedade do precedente.

O art. 927 do CPC gera uma vinculação formal de certas decisões. No entanto, um precedente vinculante frágil “tenderá a não ser respeitado, justamente por não ostentar a qualidade de se fazer ser aceito pela robustez de seus fundamentos e pelo ambiente sadio em que se formou (p.ex., com ampla publicidade, participação de interessados, qualidade de sua fundamentação, etc.)”.⁴¹ Por mais que o precedente seja formalmente obrigatório, a sua fragilidade acabará gerando distinções inconsistentes, aplicações com ressalva do entendimento, o que eventualmente forçará a revisão do respectivo entendimento. Isso significa dizer que o precedente no direito brasileiro tem uma força vinculante que deriva diretamente da lei – não dependendo da aceitação posterior –, mas a qualidade do precedente é importante para fortalecê-lo ou enfraquecê-lo.

A qualidade da argumentação, de fato, é um elemento a ser considerado na teoria dos precedentes. Mas não parece adequado defender que o precedente depende inexoravelmente do seu conteúdo para ter força obrigatória. Respeitados os requisitos formais (dentre eles o art. 489, § 1º e o art. 10, ambos do CPC, exigidos pelo art. 927, § 1º, todos do CPC), o precedente é vinculante independentemente de se concordar ou não com o seu conteúdo.

Ainda mais, não sendo o precedente adequadamente fundamentado, ficará sujeito a utilização de uma técnica denominada de *disapprove precedent*, que dentre os possíveis conteúdos, abrange a possibilidade de o juiz de primeira instância, no caso de discordância acerca do conteúdo do precedente, fundamentar com base em seu entendimento, mas apontar que, devido à obrigatoriedade dos precedentes, aplicará a *ratio decidendi* dos tribunais superiores.⁴² A utilização

³⁹ MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 291.

⁴⁰ WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés. Trad. de Cristián Banfi del Río. Revista Chilena de Derecho, v. 35, n. 1, 2008, p. 66.

⁴¹ MEDINA, José Miguel García. Novo código de processo civil comentado.... cit., p. 1.315.

⁴² Nesse sentido: CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 743-748.

dessa técnica é também adotada no enunciado n. 172 do FPPC, afirmando que “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”. Enfim, os precedentes não impedem a interpretação, seja do próprio precedente, seja dos textos normativos que o embasam, que podem ser utilizados como uma crítica por meio da ressalva de entendimento do julgador.

O que se quer afirmar é que a referida crítica não é dirigida a uma sistemática de precedentes – especialmente a criada pelo CPC/2015 -, mas a uma deturpação desse sistema. É como dizer, por exemplo, que são inconstitucionais os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais porque o juiz pode decidir de forma arbitrária. É uma situação que pode ocorrer, mas que é uma aberração do sistema e não um objetivo dessas espécies de conceitos que os tornariam inconstitucionais.

3.2.2.2. Os precedentes obrigatórios violam a independência judicial e a separação entre os poderes?

3.2.2.2.1. O problema da violação de cláusulas pétreas e a alegação da necessidade de emenda constitucional para a fixação da obrigatoriedade dos precedentes

Um primeiro apontamento sobre esse argumento deve ser realizado, antes mesmo de passar à análise do seu conteúdo e à relação com os precedentes obrigatórios revelando uma estranha situação.

O art. 95 da Constituição, traz como garantias expressas da magistratura, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio. Muito embora a independência judicial não esteja expressamente prevista na Constituição brasileira, ela é o embasamento de todas essas garantias, sendo um aspecto essencial para garantir a adequada atuação do Poder Judiciário como promotor de diversos direitos fundamentais.⁴³ Ela tem por função atuar como uma espécie de garantia institucional de um regime democrático,⁴⁴ de forma a permitir o adequado exercício da jurisdição pelos magistrados.

⁴³ Fazendo referência à conexão entre as três garantias expressas na constituição e a independência judicial: TAVARES, André Ramos. Manual do poder judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital, capítulo VI, tópicos I e II.

⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, v.18, n.51, mai./ago.-2004, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>. Acesso às 22h, do dia 02 de agosto de 2016, p. 152.

A independência judicial pode ser observada sob três aspectos diferentes: a) independência pessoal, relacionada com a inamovibilidade e com a autonomia no exercício da jurisdição; b) a independência coletiva, que confere autonomia à judicatura como uma ordem ou corporação e c) a independência funcional, que seria o núcleo duro da independência, segundo a qual o juiz apenas estaria submetido ao direito no exercício de sua função jurisdicional.

Essa independência ainda teria um aspecto interno e outro externo. O primeiro relacionado com a independência perante órgãos ou entidades pertencentes ao Poder Judiciário e o segundo em relação aos outros poderes.⁴⁵ Sob a perspectiva dos precedentes, haveria uma suposta violação do ponto de vista funcional e interno, eis que os juízes estariam submetidos a uma fonte do direito além da lei, fora das hipóteses constitucionais.

O problema maior é o seguinte: sendo a independência judicial uma garantia constitucional, esta poderia ser considerada como uma garantia individual de cada magistrado, tornando-a apta a ser tutelada pelo art. 60, §4º, IV, da CF. Em outros termos, a independência judicial seria uma cláusula pétrea. Isso significa que, nem mesmo por meio de reforma constitucional poderia haver a vinculação de precedentes, caso adotada a forma de raciocínio daqueles que defendem a inconstitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes.

O raciocínio é ainda mais evidente, sendo desnecessária qualquer digressão quando analisado o argumento de que haveria uma violação à separação funcional entre os poderes. Caso o raciocínio fosse aceito, haveria violação à separação de poderes, que é, igualmente, uma cláusula pétrea, nos termos do 60, §4º, III, da CF. Ou seja, mesmo que houvesse previsão da vinculação de precedentes por meio de reforma constitucional, ainda assim seria inconstitucional por violar cláusula pétrea.

⁴⁵ A classificação foi retirada da obra de Canotilho, que, no caso da independência funcional, faz menção à “lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas”, mas parecer ser mais adequado fazer menção ao termo direito, por ser mais abrangente e mais adequado para conferir uma maior unidade ao funcionamento do exercício do Poder Judiciário. (CANOTILHO, J. J. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 663-664). Destaque-se que, para Canotilho, não seria adequada a vinculação dos juízes mesmo no caso dos precedentes constitucionais, afirmando que estes tornar-se-iam imutáveis, só as admitindo nos casos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281, n. 2, da Constituição Portuguesa) (p. 864), parecendo confundir vinculação de precedentes com eficácia erga omnes da coisa julgada existente no controle concentrado de constitucionalidade.

Em outros termos, acolhido o raciocínio dos autores que defendem a inconstitucionalidade dos precedentes porque não fora feito por meio de reforma constitucional, já que viola a separação de poderes e a independência judicial, cria-se um outro problema. E esse problema seria tão somente uma nova inconstitucionalidade, qual seja, a violação de duas cláusulas pétreas: a independência judicial e a separação funcional entre poderes. Portanto, seria o caso de uma emenda constitucional inconstitucional, situação plenamente cabível em nosso ordenamento jurídico.⁴⁶

3.2.2.2.2 Há violação a independência judicial e a separação entre poderes?

Passada essa constatação da problemática em admitir o raciocínio da mencionada doutrina, é possível passar à seguinte constatação: a fixação de precedentes obrigatórios efetivamente viola a independência judicial e a separação entre poderes?

3.2.2.2.2.1. A independência judicial e a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição

Acerca da independência judicial, não há qualquer vinculação entre o seu conteúdo e a garantia – individual – a cada juiz de julgar da forma com a qual julgue mais adequada, independentemente do posicionamento das Cortes Supremas. O Poder Judiciário não pode ser observado como um conjunto de salvadores da pátria, cada um tendo o poder de encontrar a melhor interpretação do direito, de acordo com o seu próprio entendimento. Em outros termos, a existência de precedentes obrigatórios não implica em qualquer violação da independência judicial.⁴⁷⁻⁴⁸

⁴⁶ Com a mesma crítica: ZANETTI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 368.

⁴⁷ No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional português: “o facto de aos juizes dos tribunais integrados na ordem do tribunal emitente do assento, (até mesmo os deste tribunal enquanto não se operar a sua reversibilidade), ser imposta a aplicação da doutrina nele contida, não representará violação da sua independência decisória? Tem-se por seguro que não. Uma tal definição jurisprudencial, provinda do mais alto tribunal da hierarquia dos tribunais judiciais (no presente processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, apenas importa considerar os assentos do Supremo Tribunal de Justiça) sem eficácia externa erga omnes, e susceptível, em princípio, de impugnação processual pelas partes interessadas na causa, há-de ter-se como adequado elemento integrativo da própria estrutura jurisdicional de que promana. A subordinação devida pelos tribunais àquela jurisprudência, tem algo de comum com a generalidade das decisões proferidas em via

Isso significaria ignorar o papel do Poder Judiciário, enquanto instituição, de garantir a igualdade entre os jurisdicionados e a sua atuação enquanto promotor da segurança jurídica.⁴⁹ Há muito tempo já se constatou o fato de que o texto normativo, por si só, é incapaz de garantir a segurança jurídica por sua potencial ambiguidade,⁵⁰ precisando sempre da atuação do intérprete para a construção. E, de uma forma ou de outra, a palavra final incumbe ao Poder Judiciário, embora não se possa dizer que ele pode decidir de forma arbitrária, estando sujeito ao ordenamento jurídico.

O que faz o CPC/2015, ao instituir os precedentes obrigatórios, é tentar iniciar a construção de uma unidade na aplicação do direito pelo Poder Judiciário brasileiro. Não se pode negar que o ideal seria uma construção paulatina de consciência de que o Poder Judiciário é uno e que assim, deve manter um entendimento coerente sobre os diversos textos normativos. Mas isso não ocorreu no Brasil, sendo necessária a intervenção legislativa, como forma de densificar os princípios da igualdade e da segurança jurídica, forçando o primeiro passo na construção dessa cultura. Ao contrário de uma inconstitucionalidade, o que se tem é tão somente uma densificação de princípios constitucionais.

de recurso às quais é devido acatamento mesmo quando delas dissintam os juízes dos tribunais de instância. (...) Este afloramento constitucional do valor da uniformização jurisprudencial há-de ser entendido em termos de, numa perspectiva global do funcionamento do sistema judiciário, justificar a subordinação de todos os tribunais judiciais à "jurisprudência qualificada" do Supremo Tribunal de Justiça sem que, de tal subordinação, resulte comprometida a sua independência decisória". (Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz).

⁴⁸ Este questionamento não existe apenas no Brasil, mas também em outros países do civil law, como a Espanha. Fazendo menção a este problema e indicando que não parece haver adequação em afirmar que a obrigatoriedade dos precedentes implicaria na violação da independência judicial: COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre laposible fuerza vinculante de la jurisprudencia. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 60-66. Sobre o tema, Laporta faz interessante consideração também aplicável ao Brasil, no sentido de que "Este razonamiento que vincula la existencia del precedente obligatorio con la amenaza a la independencia judicial es realmente sorprendente. Sólo imaginar que nos lleva al solemníssimo disparate de suponer que todo juez que ejerza em un orden jurídico que establezca el principio stare decisis, todo juez inglés o americano, digamos, carece sólo por ello de independencia, sería razón bastante para reconsiderarlo". (LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 30).

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148-152.

⁵⁰ Tratando da vagueza potencial dos textos normativos: CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 35-37, 49-54; ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013, p. 191.

Não se pode ignorar o fato de que, no Brasil, existem vários órgãos com aptidão para julgar casos oriundos de todo o território nacional, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, fixando o entendimento a ser adotado pelos demais órgãos jurisdicionais acerca da Carta Magna. Ao STJ, compete a fixação da “interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto”, entendimento que pode ser extraído do art. 105, III, da Constituição.⁵¹ Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais tribunais com competência para julgar casos originário de todo o território nacional, em relação às suas respectivas áreas de atuação.⁵²

Apenas um ponto de vista estritamente individual do exercício da função jurisdicional poderia permitir o exercício da jurisdição por cada juiz desconsiderando os precedentes anteriores e ignorando “o dever de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade”.⁵³ Afinal, é preciso passar de um modelo individualista para um institucionalista.

Consoante destaca Luiz Guilherme Marinoni:

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam.⁵⁴

A independência judicial, do ponto de vista individual e interno tem como conteúdo apenas a garantia de que o juiz apenas esteja submetido ao direito, mas

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 97-98.

⁵² De forma semelhante: NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009, p. 91; BARROS, Lucas Buril de Macêdo. Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014, p. 348-349.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014, p. 91. Também criticando fortemente o individualismo nas decisões que ignoram os precedentes, cf.: JARAMILLO, Javier Tamayo; JARAMILLO J. Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012, p. 219-220; TAVARES, André Ramos. Judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital, capítulo IV, tópico 4.4. Também não vislumbrando ser uma suposta liberdade na formação do convencimento como fundamento para a não aplicação de um precedente: LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 778.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 149.

por outro lado, também cria o dever de que ele apenas decida conforme o direito. O direito ora mencionado não pode ser entendido como o texto normativo, pois de há muito é evidente que aquele não se confunde com a norma jurídica. O que é devidamente aplicado nos casos concretos é a norma jurídica, que é reconstruída continuamente pelo Poder Judiciário, com destaque para a atuação dos tribunais superiores, com a função justamente de uniformizar o entendimento nacional.

A própria Constituição brasileira afirma caber ao STF a função de guardião da Constituição (art. 102, caput, CFRB)⁵⁵ e caber recurso especial para o STJ em caso de interpretação divergente entre tribunais (art. 105, III, c, CFRB), ressaltando seu papel na uniformização da aplicação do direito no território nacional, sendo irracional defender que a independência judicial permite a cada juiz interpretar o direito como considerar melhor. É defender a manutenção da chamada jurisprudência lotérica sob a defesa de uma suposta independência de entendimento dos juízes individualmente considerados. Por isso, foi feliz o art. 8º do CPC ao mencionar que o juiz deve aplicar o ordenamento jurídico e não apenas a menção à lei, devendo ser incluído no conceito de ordenamento jurídico os precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC/2015.⁵⁶ Em outros termos, “o ato de julgar não deve estar tão-somente adstrito à lei, mas a todo o Direito” e, na medida em que o precedente judicial também atual como fonte do direito, ele passa a ser de observância obrigatória pelos magistrados.⁵⁷

3.2.2.2.2 A separação entre os poderes e o problema da vinculação dos demais poderes

⁵⁵ Destacando a importância do STF e do STJ na uniformização do direito: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Common law civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 461.

⁵⁶ Nesse sentido v. E. 380 do FPPC: A expressão "ordenamento jurídico", empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes. Na doutrina: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 481; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao art. 8º*. CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 240. No mesmo sentido: MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 94. Também não vislumbrando qualquer violação à independência dos juízes em face da obrigatoriedade do respeito às decisões dos tribunais superiores: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, n. 51, mar.-2003, p. 253.

Acerca da violação à separação funcional de poderes, a argumentação é no sentido de que a fixação de precedentes obrigatórios por lei infraconstitucional violaria a independência judicial e de que os precedentes seriam equivalentes a preceitos abstratos, gerais, com característica de lei, concedendo poder legislativo ao Poder Judiciário sem autorização constitucional.

Os problemas desse posicionamento são diversos, para além de que a sua admissão implicaria a inconstitucionalidade da emenda constitucional eventualmente utilizada pela violação de cláusula pétrea.

Consoante já apontou Castanheira Neves, a característica de generalidade não é o que torna uma determinada atuação como detentora de natureza legislativa. Os precedentes, ao se afirmarem obrigatórios, tornam possível a extração de uma norma jurídica – *ratione decedendi* -, com natureza geral, mas voltada ao concreto. Mesmo com o desenvolvimento da *ratione decedendi*, ela sempre está pautada no caso concreto.

O objetivo do Poder Judiciário continua sendo o de emitir juízos, e não o de prescrever condutas, embora esta segunda característica seja mais destacada com a obrigatoriedade dos precedentes. Mas isso não significa, de forma alguma, a concessão de poder legislativo às decisões judiciais.

É preciso relembrar toda a construção desenvolvida no direito português, no sentido de que o problema (inconstitucionalidade) não é propriamente a concessão de eficácia obrigatória às decisões judiciais. A inconstitucionalidade surge a partir do regime proposto, que, naquele país, tornava o assento como uma fonte do direito autônoma, com força obrigatória geral, para além do Poder Judiciário e, especialmente, pela sua impossibilidade de revisão.

Esse não é o regime proposto pelo CPC/2015.

Mesmo no caso das súmulas, que seriam os enunciados com características semelhantes aos assentos portugueses, o §2º, do art. 926 afirma que os tribunais, ao editarem as súmulas, “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Em outros termos, as súmulas não podem autonomizar-se dos precedentes que a geraram e mesmos dos posteriores, que podem adaptar o seu âmbito de aplicação. O que, inclusive, já ocorreu em alguns momentos na história brasileira.

É preciso que se perceba que o precedente não pode ir além da lei – ele é, sim, um complemento do texto normativo -. Seu objetivo não é criar a partir do nada, mas sim o de densificar o texto normativo, cabendo aos tribunais que

têm aptidão para uniformizar o entendimento sobre aquele tema produzirem precedentes obrigatórios.⁵⁸

Não há qualquer violação ao princípio da legalidade, eis que ele não pode ser compreendido como referente apenas à lei em sentido estrito, mas sim como o dever de decidir em conformidade com o ordenamento jurídico. Afinal, a atividade jurisprudencial necessariamente deve partir da lei e nela deve estar contida. O precedente visa apenas densificar as diversas hipóteses normativas que podem ser extraídas de um mesmo texto normativo, e não ir além delas. Assim, a lei “é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes”.⁵⁹

Além disso, é preciso destacar que os precedentes, na forma como estão previstos no CPC/2015, mais especificamente os que se alegam ser inconstitucionais (art. 927, III a V) têm uma função de obrigatoriedade apenas *interna*.⁶⁰ Como destacado por Eduardo da Fonseca Costa, eles atuam como normas de estrutura, orientando a forma de edição de normas pelo próprio Poder Judiciário.⁶¹ No caso dos precedentes que têm eficácia vinculante interna, a atuação seria apenas a título de integração ao direito de normas de estrutura – normas que indicam como produzir outras normas -. A principal fonte de comportamento continua sendo a lei; a atuação do Judiciário visa apenas densificar os textos normativos, atuando indiretamente, pré-definindo “qual possibilidade é a correta, sem permitir margem de discricionariedade ao juiz – ainda que racionalmente motivada – para escolhê-la”.⁶²

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 274. Com argumento semelhante: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3, p. 306.

⁵⁹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftnref6. Acesso às 17h, do dia 30 de julho de 2016. Com a mesma construção: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148. ZANETI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2ª ed... cit., p. 369.

⁶¹ COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927. CÂMARA, Helder Moroni (coord). Código de processo civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.126.

⁶² COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.125-1.131.

Apenas haveria a necessidade de emenda constitucional nas hipóteses em que a vinculação atingisse outros poderes, como é exemplo da súmula vinculante, cuja obrigatoriedade atinge diretamente a Administração Pública direta e indireta (art. 103-A, *caput*).⁶³ Isso significa que, na própria estrutura administrativa do Poder Executivo, no exercício da autotutela, incide a obrigatoriedade de respeito ao conteúdo da súmula vinculante. É nesse sentido que o art. 7º, da Lei 11.417/2007 permite que “do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal”. É porque, em tais casos, como o é a situação da súmula vinculante, tem-se uma alteração na forma de distribuição dos poderes, mediante o estabelecimento de um novo mecanismo no sistema de freios e contrapesos.

A própria doutrina que desenvolve o argumento da inconstitucionalidade pela violação à separação funcional de poderes tenta superar essa argumentação sob a justificativa de que, se o precedente tratar de matéria relativa à Administração Pública, ela estaria automaticamente vinculada a esse entendimento. Supostamente, esse raciocínio seria “evidente”, pois, “Do contrário, teríamos que sustentar que nas lides em que figurar o poder público, a decisão paradigmática do incidente vincularia pela metade, isto é, vincularia tão somente o particular”.⁶⁴

O problema é que os autores parecem não ter entendido a lógica diversa de vinculação de uma súmula vinculante e de um precedente constante exclusivamente do art. 927 do CPC/2015. Os precedentes mencionados no art. 927 não têm aptidão de vincular diretamente o Poder Público no exercício de sua autotutela – com a exceção de ele próprio editar ato normativo acolhendo esse posicionamento –⁶⁵. A vinculação direta ocorre tão somente em relação do Poder Judiciário, que estará sujeito a seguir a orientação firmada pelos tribunais superiores – norma de estrutura –.

⁶³ Esse é também o posicionamento de Eduardo Fonseca da Costa, segundo o qual, nesses casos, o STF exerceria, de forma anômala, função legislativa: COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.125. Não se concorda com o raciocínio de que o STF exerceria anormalmente a função legislativa nesses casos. Como apontado, a necessidade de emenda constitucional deriva da consequência trazida pela vinculação de um poder pelo outro, que altera o balanço da repartição entre os poderes, criando um novo mecanismo de freios e contrapesos.

⁶⁴ ABBoud, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.201; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas.... cit., p. 371-372.

⁶⁵ V., por exemplo, a portaria 488/2016, da AGU, que versa, dentre outros temas, sobre a possibilidade de reconhecimento do pedido quando a pretensão da parte contrária estiver fundada em “acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC” (art. 2º, VI).

Um argumento interessante está relacionado a afirmação de que o art. 985, §2º do CPC exigiria que, nos casos em que o IRDR seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação. Ou seja, haveria uma vinculação de outro poder sem a devida reforma constitucional. Seguindo a lógica proposta por esse texto, uma interpretação conforme a constituição desse texto normativo deve ser focada no aspecto da publicidade, não da obrigatoriedade de um outro poder sem a devida reforma constitucional. O respectivo ente público não estaria obrigado pela decisão no IRDR, não sendo, por exemplo, obrigado a multar uma empresa que não esteja aplicando o precedente caso discorde da decisão. A fiscalização teria apenas por objetivo densificar o princípio da publicidade, permitindo aos cidadãos e igualmente ao Poder Judiciário identificarem se os seus precedentes estão sendo obedecidos. De toda forma, seria uma forma de incentivar o diálogo institucional, permitindo (e não obrigando) a eventual alteração nas rotinas de fiscalização ou mesmo das normas administrativas dos agentes responsáveis pela fiscalização dessas atividades.⁶⁶ Assim, a decisão no IRDR tem apenas eficácia persuasiva em relação ao poder publicar, não o vinculando diretamente e nem se podendo cogitar do cabimento de reclamação caso o precedente não seja respeitado.⁶⁷

Em outros termos, é evidente que inexistente qualquer vício de inconstitucionalidade na fixação de precedentes obrigatórios em relação à separação funcional entre poderes. Simplesmente não há relação entre a edição de uma lei e a fixação de um precedente obrigatório, especialmente nos moldes do CPC/2015, em que a vinculação atua somente perante o próprio Poder Judiciário e permite a revisibilidade do posicionamento mediante o contraditório exercido pelas partes.⁶⁸

⁶⁶ Fazendo menção ao diálogo institucional gerado pela previsão normativa: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 602-603; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2015, versão digital, tópico d.

⁶⁷ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas... cit., p. 220-222.

⁶⁸ Não se desconhece o problema criado pela Lei 13.256/2016, eis que houve uma restrição indevida de acesso aos tribunais superiores, nos casos em que o presidente do tribunal negue seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou a a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos será cabível tão somente o agravo interno (art. 1.030, I e §2º, CPC). Como se parte do

3.2.2.3 O posicionamento dos tribunais superiores acerca da (in) constitucionalidade dos precedentes

Um último argumento é baseado em um suposto entendimento dos tribunais superiores, que já recusaram, em outros momentos da histórica institucional brasileira (um julgado datado de 1977 e outro de 1992). Para além de tudo quanto foi afirmado no decorrer deste texto, na defesa da constitucionalidade dos precedentes obrigatórios contidos no CPC/2015, não parece haver qualquer tendência dos tribunais superiores no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade dos precedentes constantes do art. 927 do CPC/2015.

Mesmo na sistemática do CPC/1973, o STF já havia afirmado que as suas decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculariam os demais órgãos do Poder Judiciário, porém não seria possível a utilização da reclamação, caso o precedente não fosse aplicado.⁶⁹

Há ainda uma passagem do voto do Ministro Teori Zavascki, em que destacou “a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores”. Após realizar uma análise da evolução histórica da legislação sobre os precedentes, destacou o “perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática (...) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes”.⁷⁰

Há de se mencionar que, no referido julgado houve discussão se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de uma determinada lei no controle difuso ainda precisariam de resolução do Senado

pressuposto de que apenas o tribunal que formou o precedente pode superá-lo, ter-se-ia uma trava inconstitucional na evolução do direito, que deve ser superada. Como a busca dessa solução não é o objetivo específico deste texto, remete-se ao leitor a outros textos com suas respectivas propostas de acesso aos tribunais superiores: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016; CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso às 11h, do dia 24 de setembro de 2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. Revista de Processo, no prelo.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.

⁷⁰ STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739.

(art. 52, X, CR) para terem eficácia erga omnes ou se esta resolução teria apenas efeito de dar publicidade ao julgamento. Muito embora esta argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes tenha sido – felizmente – rejeitada, ela demonstra que não parece haver qualquer tendência recente dos tribunais superiores no sentido de recusar a concessão de eficácia obrigatória aos seus precedentes.

Recentemente, o STF voltou a abordar a temática do *stare decisis* em que o Ministro Fachin apontou a sua adoção pelo direito brasileiro e a sua forte conexão com os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Chegou-se a afirmar que “O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes”.

Em outros termos, não parece haver qualquer tendência de o STF reconhecer qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão de precedentes obrigatórios por meio da legislação infraconstitucional.

4. CONCLUSÃO

Consoante se argumentou amplamente, não há vício de inconstitucionalidade na sistemática de precedentes prevista pelo CPC/2015. O seu objetivo, pelo contrário, é tão somente o de densificar princípios constitucionais que vinham sendo ignorados pela prática de uma jurisprudência lotérica pelo Poder Judiciário brasileiro.

Claro que o fato de ser constitucional não significa, de forma alguma, que essa sistemática funcionará e que o Brasil automaticamente irá ter, nos operadores do direito, uma cultura de respeito aos precedentes. Inúmeros desafios ainda precisam ser enfrentados, pois os próprios tribunais superiores, que são aqueles que tem o dever de uniformizar os entendimentos, por vezes eles próprios atuam de forma desordenada e caótica.

No entanto, a fixação da premissa da constitucionalidade da possibilidade da obrigatoriedade dos precedentes por meio da legislação infraconstitucional é imprescindível para que essa cultura seja desenvolvida paulatinamente. Espera-se que os tribunais e os demais operadores do direito possam auxiliar no desenvolvimento dessa nova cultura que teve um importante passo iniciado com o CPC/2015.

⁷¹ STF, Tribunal Pleno, RE 655.265, Rel. Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, j. 13/04/2016, Dje 05/08/2016.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Discrecionariedade administrativa e judicial. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927. STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; _____. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; _____. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?

MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013.

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso às 11h, do dia 24 de setembro de 2016.

_____. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

_____. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3.

CANOTILHO, J. J. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: Juspodivm, 2015.

COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre laposiblefuerza vinculante de lajurisprudencia.

COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de lajurisprudencia. Madrid: FundaciónColoquio Jurídico Europeo, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, v.18, n.51, mai./ago.-2004, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>. Acesso às 22h, do dia 02 de agosto de 2016.

COSTA, Eduardo Fonseca da. Comentários ao art. 927. CÂMARA, Helder Moroni (coord). Código de processo civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acesso às 15h, do dia 24 de setembro de 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: RT, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 8º. CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. The Modern Law Review, v. 22, 1959.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedente. HERSHOVITZ, Scott (ed). Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006, versão kindle.

JARAMILLO, Javier Tamayo; JARAMILLO J. Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012.

LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El

carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker;

VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. Revista de Processo, no prelo.

_____. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014.

_____. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

_____. Consequências da equivocada aproximação do “IRDR” ao sistema de precedentes. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedentes. São Paulo: RT, 2016.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015.

_____. Precedentes obrigatórios. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013

_____. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral da personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 256, jun.-2016.

NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior.

CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LVIII, 1982.

_____. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamacao-e-precedentes-obrigatorios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016

_____. Superação do precedente e segurança jurídica. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo;

ORTHMANN, André. Processo em jornadas(coord). Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 208, jun.-2012, versão digital.

TAVARES, André Ramos.Judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital

_____. Manual do poder judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital.

TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés. Trad. de Cristián Banfi del Río. Revista Chilena de Derecho, v. 35, n.1, 2008.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. O valor vinculante dos precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftnref6. Acesso às 17h, do dia 30 de julho de 2016.

_____; _____. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quietamovere: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). The law of obligations: essays in celebration of John Fleming. Oxford: Clarendon, 1998.

A CENSURA TRAVESTIDA DE JOGO DE PALAVRAS NO JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO

Censorship turned into a wordplay in the democratic Judiciary

Renato Luiz F. Dowsley de Moraes

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).

Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura.

Advogado

RESUMO: O objetivo deste ensaio é colocar em perspectiva a decisão que, embora tenha sido produzida por um Judiciário inserido em um contexto social democrático, constitui uma forma arbitrária de censura. O que se busca demonstrar é que os argumentos utilizados pelo magistrado em defesa de uma suposta estabilidade do sistema jurídico, acarretam, na verdade, uma quebra de expectativa pela inserção de uma racionalidade completamente estranha ao direito.

ABSTRACT: The purpose of this essay consists in put in perspective the decision which, although pronounced by the Judiciary in a democratic social context, institutes an arbitrary form of censorship. What is sought to demonstrate is that the arguments used by the judge in defense of a supposed stability from the legal system, bring about, as a matter of fact, an expectation breach by inserting a completely extraneous rationality to the law.

“... Palavras significam posturas. Posturas significam ações. Ações significam consequências. O filtro da linguagem é o primeiro anteparo contra a violência, e há todo um vocabulário que legitima, como naturalização de conceitos construídos histórica e ideologicamente, a agressão às vítimas – sejam elas gays, negros, judeus, pessoas em posição social fragilizada, pessoas em situação emocional vulnerável” (LAUB, 2016, p. 68)

1. INTRODUÇÃO¹

O ano é 2017. No mês em que se comemora a independência do Brasil, por trás das coxias, a atriz repassaria as falas iniciais enquanto os atrasados terminariam de ocupar os assentos do teatro localizado no Sesc de Jundiaí. Haveria não apenas o nervosismo natural de todo início de espetáculo, mas o gigantesco nervosismo da estreia naquela cidade. O que sempre faria retornar tudo: a lembrança dos meses de ensaio, de toda a pré-produção; as inseguranças humanas com os tons particulares dela, a atriz que estaria com as mãos espalmadas (talvez), dedos entrecruzados (talvez), sussurro em oração e olhos para cima (talvez), lembrando das vezes em que foi contestada, em que titubeou, em que pensou em seguir burocraticamente uma ocupação trivial.

Nada disso estava no roteiro. Tudo estaria no palco. Dali a pouco, na hora anunciada, ao final da terceira badalada, as luzes seriam matizadas, a plateia prenderia a respiração, as cortinas começariam a se movimentar, ela seria envolvida por um halo vítreo-amarelado e não seria mais Renata Carvalho, mas Jesus.

Acontece que nesse dia, 15/09/2017, os verbos não deixariam de ser conjugados no futuro do pretérito, tudo não iria além de uma possibilidade: a vida que poderia ter sido e não foi, para lembrar Manuel Bandeira. Porque horas antes, nesse mesmo dia, o Juiz de Direito Luiz Antônio de Campos Júnior concedeu a liminar nos autos do Proc. 1016422-86.2017.8.26.0309 para proibir a exibição da peça.

A autora da ação, Virgínia Bossonaro Rampin Viana, defendeu que aquele espetáculo teatral afrontaria a dignidade cristã em múltiplos aspectos. Não apenas por representar o filho de Deus como um transgênero, mas por expor ao ridículo símbolos tradicionais da fé Católica como a cruz – e a religiosidade por ela representada.

Com efeito, da inicial que inaugurou o processo acima mencionada podem ser pinçados os seguintes excertos:

Ocorre excelência que a peça é atentatória a dignidade à fé cristã na qual Jesus Cristo, não é uma imagem ou um objeto de adoração apenas, mas o verdadeiro filho de Deus que se encarnou no século I, entregou livremente a sua vida em favor de toda a humanidade e que ressuscitou e está vivo em nosso meio.

¹ Introdução construída a partir da leitura de três fontes jornalísticas distintas: <https://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/justica-de-jundiai-proibe-pecas-teatral-que-traz-jesus-como-mulher-transgenero.gh.html> ; <http://hojeemdia.com.br/almanaque/peca-o-evangelho-segundo-jesus-rainha-do-céu-volta-a-bh-depois-de-polêmica-1.564437> ; <http://gente.ig.com.br/cultura/2017-09-28/o-evangelho-segundo.html>. Todos os acessos aconteceram em 19 de fevereiro de 2018.

(...)

É extremamente ofensiva a moral cristã uma apresentação que diz que se o Cristo estivesse presente em nosso meio nos dias hodiernos ele seria um transgênero, expondo ao ridículo os símbolos como a cruz tão importante, para os cristãos, sobretudo os cristãos católicos e em especial o dia de hoje que é o dia em que a igreja católica comemora a Exaltação à Santa Cruz e a apresentação desse espetáculo horrroso se equipara à perseguição sofrida pelos cristãos dos primeiros séculos que eram expostos às feras nas arenas de Roma, como espetáculo.

O que se discutirá doravante, convém deixar claro de logo, não é crença religiosa, com seus ritos e suas representações. Aquilo que se pretende colocar em perspectiva é o ponto de interseção entre a convicção pessoal de fé e a liberdade de expressão e crença do outro. Ou, pegando de empréstimo as palavras de Nelson (2017, p. 106): “aqui é onde você termina e os outros começam”.

Até que ponto poderia se defender a pretensão de um indivíduo, fundada em um argumento essencialmente marcado pela subjetividade – essa ideia será melhor aprofundada na sequência –, de intervir na esfera alheia a ponto de instá-la a deixar de fazer algo? Mas sobretudo, até onde pode ir o Judiciário nesse permanente movimento de equalizar conflitos de interesses: quais os argumentos decisórios que poderiam justificar uma proibição como a que ora se examina?

Na noite do dia 15/09/2017 as luzes não foram acesas no teatro do Sesc de Jundiá: ordem judicial não se discute, cumpre-se – já diria o adágio. No entanto, para além do processo, a vida continua. E se à doutrina cabe a prerrogativa de sempre poder se debruçar sobre aquilo que dizem os julgadores, essa é uma tentativa de colocar em perspectiva o passado; de iluminar o salão e revisitar o brocardo: porque decisão judicial se discute. Cumpre-se, mas se discute.

Eis a terceira badalada: hora do espetáculo.

2. LUZES DA RIBALTA: A CENSURA EM CARTAZ

Em todas as suas acepções², o verbo censurar carrega consigo uma dimensão negativa, de quem constrange, repele, repreende, rejeita, desaprova. Por definição – e posto que a censura é fruto da ação humana –, a ela pressupõe uma tomada de posição que sirva como paradigma valorativo e com base no qual as ações externas serão relidas.

² A afirmação é feita a partir das significações constantes em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 438.

Em outras palavras, o que se está dizendo é que a censura não existe no vazio, à deriva. Ela tem no seu nascedouro a cristalização de valores, impressões, ideias individuais que, na sequência, serão refletidas no mundo externo na forma de reprimenda.

Exemplificativamente: para que um determinado indivíduo censure seu vizinho por sua orientação sexual, é preciso, antes, que ele tenha construído seu próprio paradigma de correção para situações dessa natureza. Ou seja, somente se reprova a realidade do vizinho se ela contradiz os valores de referência.

De modo que, no cerne de todo ato de censura está contida uma dose híbrida de intransigência e radicalismo. Porque, do contrário, não se poderia imaginar como um dado sujeito de direitos pudesse se sentir à vontade o bastante para atuar sobre a autonomia alheia. Para que esse movimento interno-externo se aperfeiçoe, com efeito, o censor precisa admitir que a sua opinião/valor/ponto de vista é o único – ou, ao menos, o mais – correto do que o que lhe cerca e, mais do que isso, precisa agir ativamente no sentido de fazer prevalecer a sua concepção.

O problema está, precisamente, nesse segundo aspecto; nessa dimensão de ação responsável por concretizar o espaço interno de censura. Isso porque os julgamentos que se mantêm aprisionados na esfera íntima do indivíduo não têm o condão de modificar a realidade e, portanto, são indiferentes para o direito.

Nesse sentido – e transferindo a discussão do indivíduo (a figura pessoal do censor) para o Estado –, não é sem razão que o tema da censura está inserido no contexto maior da liberdade de expressão, direito fundamental tradicionalmente classificado como de primeira geração (ou negativo).³

Ou seja, quando o art. 5º, IX, da CF estabelece ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, há uma imposição clara de limite à ação do Estado. O que se afirma, primordialmente⁴, é um comando negativo: deixe de tomar qualquer medida que possa afetar o espaço de livre expressão do sujeito.

³ “A primeira geração, surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc.” (BULOS, 2015, p. 529)

⁴ Diz-se “primordialmente” (não “exclusivamente”) porque não se perde de vista a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004).

O caso ora trazido à discussão, nesse sentido, é profundamente complexo não apenas porque indivíduo e Estado dialogam acerca dos limites à liberdade de expressão, mas sobretudo porque a justificar a decisão liminar que proibiu a encenação do espetáculo está um argumento de autoridade no qual razões jurídicas e religiosas se interpenetram.

Ao todo, a decisão proferida pelo juiz Luiz Antônio Campos Júnior possui três páginas. Afora as considerações de ordem processual – notadamente quanto à satisfação dos pressupostos para concessão da tutela de urgência –, o que interessa à presente abordagem são sete pequenos parágrafos que seguem fielmente transcritos (SÃO PAULO, 2017):

Desse cenário extrai-se, portanto, que a tutela de urgência almejada comporta deferimento, uma vez que, muito embora o Brasil seja um Estado Laico, não é menos verdadeiro o fato de se obstar que figuras religiosas e até mesmo sagradas sejam **expostas ao ridículo [1]**, além de ser uma peça de **indiscutível mau gosto [2] e desrespeitosa ao extremo [3]**, inclusive.

De fato, não se olvide da crença religiosa em nosso Estado, que tem JESUS CRISTO como o filho de DEUS, e em se permitindo uma peça em que este HOMEM SAGRADO seja encenado como um travesti, a toda evidência, caracteriza-se ofensa a um sem número de pessoas.

Não se trata aqui de imposição a uma crença [4] e nem tampouco a uma religiosidade. Cuida-se na verdade de **impedir um ato desrespeitoso [5]** e de **extremo mau gosto [6]**, que certamente maculará o sentimento do **cidadão comum, avesso à esse estado de coisa [7]**.

Lado outro, irrelevante para o Juízo o fato de esta peça teatral ser gratuita ou onerosa. A consequência jurídica é idêntica em ambas as situações.

Vale dizer, não se pode produzir uma **peça teatral de um nível tão agressivo [8]**, ainda que a entrada seja franqueada ao público.

Não se olvida a liberdade de expressão, em referência no caso específico, a arte, mas **o que não pode ser tolerado é o desrespeito a uma crença [9]**, a uma religião, enfim, a uma figura venerada no mundo inteiro.

Nessa esteira, levando-se em conta que a liberdade de expressão não se confunde com agressão e falta de respeito e, malgrado a inexistência da censura prévia, não se pode admitir a exibição de uma peça com um **baixíssimo nível intelectual [10]** que chega até mesmo a invadir a existência do senso comum, que deve sempre permear por toda a sociedade (nenhum dos destaques e dos números entre colchetes consta no original).

Falando em abstrato, o problema não está em uma decisão judicial que afeta a liberdade de expressão do particular. Como sabido por todos a essa altura, não há direito com contornos absolutos, capaz de repelir toda e qualquer espécie de ingerência do Estado na autonomia privada. Há, no mais das vezes, decisões que,

pontualmente, afastam ou reduzem a extensão de uma determinada garantia, de modo a fazer com que ela se harmonize com o legítimo direito que lhe é contraposto.

O que se está dizendo, em síntese, é que direitos fundamentais, desde que resguardado o seu núcleo essencial, admitem matizações diversas. O emblemático caso do arremesso de anões ilustra com exatidão o quanto afirmado nessa oportunidade: em 1991, o prefeito de Morsang-sur-Orge, na França, determinou a interdição do estabelecimento que promovia espetáculos nos quais os espectadores eram estimulados a lançar um anão o mais longe possível. A decisão do Tribunal Administrativo que anulava a restrição imposta pelo Executivo foi revista pelo Conselho de Estado, que afirmou que campeonatos dessa natureza “não poderiam ser tolerados, por constituírem ofensa à dignidade da pessoa humana, considerando esta (...) como elemento integrante da ordem pública” (SARLET, 2008, p. 113)

Mesmo após o recurso do anão, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas manteve a decisão da Corte francesa, que afirmou ser “irrelevante a voluntária participação dos anões nos espetáculos, já que a dignidade constitui bem fora do comércio e é irrenunciável” (SARLET, 2008, p. 113).

Não se trata de afirmar peremptória e abstratamente, portanto, que um espetáculo de arremesso de anões viola a dignidade humana. Antes, há de se concluir que, naquele determinado contexto histórico-social, preservou-se a noção de dignidade enquanto elemento integrante da ordem pública e que, alterado o espaço/tempo da valoração, poder-se-ia chegar a conclusão distinta – como a de que, por exemplo, o respeito à dignidade estaria em salvaguardar a autonomia do anão em escolher ser arremessado.

De modo que, retomando o acima dito, a problemática da decisão colocada em perspectiva nesse ensaio não trata da possibilidade de o Judiciário intervir para redimensionar determinada garantia fundamental. Isso é legítimo. O xis da questão está em saber se o fundamento da ingerência é pertinente – ou se, ao reverso, ele próprio constitui espécie de ato contrário à ordem constitucional. Os destaques feitos acima no corpo da decisão servirão a essa análise no tópico seguinte.

Antes disso, contudo – e de modo a sedimentar o contexto normativo de fala –, algumas considerações adicionais sobre o direito à liberdade de expressão precisam ser feitas. Partindo de uma pequena incursão pelo universo ficcional da literatura.

Na realidade ficcional dos Estados Unidos do final do século XX, retratada em *Fahrenheit 451* (BRADBURY, 2012), os bombeiros não combatem as

chamas. Em uma inversão à Orwell do significado das palavras⁵, *fireman* passa a ser aquele que atea fogo. Especificamente para incendiar os livros banidos pelo Estado. Tanto assim que o título do livro representa a exata temperatura em que o papel entra em combustão (BLOOM, 2007).

Assim é que, “a cada denúncia da existência de um leitor clandestino, os esquadrões dos ‘bombeiros do fogo’ entram em ação e dirigem-se à casa do ‘rebelde’, lançando às chamas o exemplar apreendido” (LOCCHI, 2016, p. 34).

Na distopia de Bradbury a tecnologia serve como instância alucinatória, como elemento de domesticação dos indivíduos colocado à disposição do Estado. Não é sem razão que, no livro, cada casa é guarnecida por televisores colossais. A tecnologia se transforma em dependência, a ponto de o sujeito ver-se deslocado do mundo físico e só consegue entender a si mesmo virtualmente (BRADBURY, 2012).

Ao analisar a relação de uma das personagens com essa realidade virtual alienante, Bloom (2007, p. 19) pondera:

Ela [Mildred] só existe através da televisão, mas como a televisão somente pode oferecer imagens intangíveis, não importa quão excitantes sejam as saídas fornecidas, elas não serão capazes de satisfazer de fato as profundas necessidades da natureza humana. Na sua confusão e auto-alienação, Mildred não consegue pensar em uma resposta melhor para sua crescente e desconhecida ansiedade e para o seu fracasso em alcançar qualquer coisa comparável à falsa felicidade vista na tela da televisão, do que assistir mais e mais televisão e utilizar maiores e maiores quantidades de drogas na tentativa de ser feliz. Ambas as coisas, as drogas e a televisão, são, claramente, aspectos da mesma estratégia paliativa do Estado. Até mesmo o jornal lido por Mildred não passa de um punhado de imagens.⁶

Em um cenário no qual o Estado pretenda impor uma determinada ideologia de maneira peremptória, as expressões criativas dos indivíduos são severamente reprimidas. Falando especificamente acerca da literatura, Vargas Llosa (2015, p.19 e 20) pondera:

⁵ A discussão sobre a significação das palavras no contexto decisório ora analisado ganhará relevo na sequência.

⁶ She exists only as mediated by television, but, because television can offer only intangible images, no matter how exhilarating an escape it may provide, it cannot truly satisfy the profounder needs of her human nature. In her confusion and self-misunderstanding, Mildred can think of no better answer to her mounting, unacknowledged anxiety and failure to achieve anything in herself commensurate with the phony bliss she sees on her television screen, than to watch more and more television and to take greater and greater amounts of the drug that is meant to make her happy. Plainly the two, the drug and the television, are aspects of the same palliative strategy of the state. Even the newspaper Mildred reads consists of nothing but images (tradução livre).

Quem duvida que a literatura, além de nos submergir no sonho da beleza e da felicidade, nos alerta contra toda forma de opressão, deve ser perguntar por que todos os regimes empenhados em controlar do berço ao túmulo a conduta dos cidadãos a temem tanto que estabelecem sistemas de censura para reprimi-la e vigiam com tanta suspeita os escritores independentes.⁷

Considerando que a literatura é apenas uma das formas de expressão da criatividade humana, parece legítimo extrapolar as construções anteriores – que têm nela o seu ponto de apoio –, de modo a construir o argumento globalizante de que as manifestações artísticas como um todo têm sempre à espreita a ameaça da censura.

Porque, no campo artístico, a liberdade dialoga (não sempre, mas comumente), com uma racionalidade distinta daquela que permeia as relações cotidianas. Vale dizer, a função do artista está não em meramente reproduzir aquilo que está posto, mas em criar, imaginar, revisitar o estado de coisas real e entregar algo novo.

Quando se discute liberdade de expressão no campo artístico, portanto, há um ruído a mais que deve ser levado em consideração: o livro, o filme, o espetáculo, a escultura, a canção, não têm um compromisso compulsório com a democrática reprodução do ideário vigente. Ao reverso, na essência da criação artística está uma centelha híbrida de rebeldia e indiferença com o real. Daí Eco (2013, p. 10) afirmar com propriedade:

(...) Em um ensaio teórico, em geral se pretende demonstrar uma tese particular ou fornecer uma resposta a um problema específico. Por outro lado, num poema ou num romance, a intenção é representar a vida em toda a sua incoerência. A intenção é pôr em cena uma série de contradições, tornando-as claras e pungentes. Os escritores criativos pedem a seus leitores que arrisquem uma solução; não oferecem uma fórmula definida (exceto os escritores kitsch ou sentimentais, que almejam oferecer consolação barata). É por isso que, na época em que dei palestras sobre meu recém-lançado primeiro romance, afirmei que por vezes o romancista pode dizer coisas que o filósofo não pode (destaques ausentes no original).

Discutir liberdade de expressão – e, o seu anverso, a censura –, no caso presente não pode olvidar esse entrelaçamento de racionalidades na qual a decisão em análise está inserida.

O cenário não é o Estados Unidos piromaníaco de Bradbury, mas o Brasil da primeira metade do século XXI. Feitas as apresentações e sedimentado o

⁷ O fim do homem soviético (Aleksiévitch, 2016) narra também a preocupação do Partido Comunista russo em proibir determinados livros contrários à ideologia do Regime instituído.

âmbito de fala, é preciso lançar luzes sobre as razões utilizadas pelo magistrado para justificar a proibição.

3. O EVANGELHO PROCESSUAL: PALAVRAS, PONTOS DE VISTA E LUGARES DE FALA

É no processo que a abstração normativa do direito é revisitada; em que o regramento geral, uma vez individualizado, ganha um destinatário específico. E o vetor responsável por essa nominação é, precisamente, a decisão judicial. Nesse sentido,

Parte-se do pressuposto de que a prolatação de decisões judiciais é uma prática discursiva mediadora que ocorre entre um texto (oral ou escrito) e uma prática social, regulada pelos Códigos de Processo Civil e Penal, respectivamente (COLARES, 2016, p. 388).

Assim, “o processo judicial é um espaço público em que as partes envolvidas numa lide expõem seus pontos de vista sobre a questão submetida ao juiz-estado, mediante uma atividade interativa dialética” (COLARES, 2016, p. 388).

Ao final desse diálogo, então, enunciará o Juízo a solução do caso. Utilizando-se da mesma sintaxe da linguagem ordinária, mas (frequentemente) uma semântica variável (ROONEY, 2007), afirmará o que, no seu entender, corresponde à resposta juridicamente adequada para a controvérsia, ao cotejar argumentos, provas e enunciados normativos.

Obviamente a tarefa é muito mais complexa do que essa breve enunciação esquemática sugere. Basta que se recorde, por exemplo, a postura assumida pelas diversas correntes positivistas acerca da relação entre julgador e direito positivo – que vão desde a crença na completude do ordenamento⁸, passando pelo juspositivismo metodológico/conceito⁹ de Austin, Kelsen, Ross, Hart, dentre outros, até desaguar no moderno fenômeno do ativismo judicial¹⁰.

⁸ “Segundo o afirmado na sua obra *De l’esprit des lois*, ao poder judicial cabe apenas aplicar o direito, não lhe competindo completa-lo nem suprir as suas lacunas criativamente; a jurisprudência não poderia ser mais do que <<la bouche qui prononce les paroles de la loi>>” (KAUFMANN, 2002, p. 116)

⁹ “Neste perspectiva o direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas, sim conforme propriedades descritivas. As proposições utilizadas pelos juristas para descrever o direito não implicam em juízos valorativas. Ao contrário, eles estão fundadas apenas em critérios de verificação observáveis empiricamente” (STRECK, 2016, p. 22)

¹⁰ “De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo” (NERY JUNIOR, Nelson; ABBoud, Georges, 2016, p. 232).

Decidir não é simples, definitivamente não é uma atividade mecânica e ganha contornos ainda mais complexos quando a linguagem passa a ser encarada não como um artefato neutro, produzido no vácuo, mas como instrumento central na construção das relações de poder (COLARES, 2016).

Nesse sentido, com Vespaziani (2015, p. 69):

A relação entre linguagem e poder é uma relação ambígua. Observada sob a perspectiva do direito, ela parece focalizar-se no poder: o direito é a linguagem do poder. Portanto, a linguagem não é senão um instrumento que o direito coloca a serviço do poder.

Esse movimento – de fazer do discurso jurídico um fator relevante para o estudo da decisão judicial –, é significativo por algumas razões: (a) antropomorfiza, em maior ou menor medida, o produto da atividade jurisdicional, na medida em que parte do pressuposto de que as decisões não existem como entes autônomos, mas são fruto do exercício interpretativo-argumentativo do magistrado; (b) evidencia a dimensão política das decisões judiciais ao colocar em perspectiva os fundamentos ideológicos presente no discurso institucional¹¹; (c) promove uma ressignificação técnico-científica do dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF; arts. 11 e 489 do CPC); e, por tudo isso, (d) contribui para um debate mais responsável sobre o modo de intervenção do Judiciário no contexto social, notadamente ao descortinar o fundamento da intervenção afirmada pela decisão.

Os destaques feitos alhures no corpo da decisão ora em análise serão retomados nesse momento e estarão inseridos nesse contexto de fala – o de que a escolha das palavras não é feita por acaso: consciente (ou inconscientemente¹²) o recurso a um determinado signo linguístico importa na tomada de posição, na reprodução (ou confronto) do paradigma ideológico vigente.

¹¹ “Entendo que as ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação. (...) As ideologias embutidas nas práticas discursivas são muito eficazes quando se tornam naturalizadas e atingem o status de ‘senso comum’; mas essa propriedade estável e estabelecida das ideologias não deve ser muito enfatizada, porque minha referencia a ‘transformação’ aponta a luta ideológica como dimensão da prática discursiva, uma luta para remoldar as práticas discursivas e as ideologias nelas construídas no contexto da reestruturação ou da transformação das relações de dominação. Quando são encontradas práticas discursivas contrastantes em um domínio particular ou instituição, há probabilidade de que parte desse contraste seja ideológica” (FAIRCLOUGH, 2001, p. 117)

¹² “Não se deve pressupor que as pessoas têm consciência das dimensões ideológicas de sua própria prática. As ideologias construídas nas convenções podem ser mais ou menos naturalizadas e automatizadas, e as pessoas podem achar difícil compreender que suas práticas normais poderiam ter investimentos ideológicos específicos” (FAIRCLOUGH, 2001, p. 120)

Antes de iniciar a análise da estrutura argumentativa propriamente dita, uma ressalva: o que se discute, nesse momento, é uma decisão proferida liminarmente pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Jundiaí. Não há aqui, portanto, o diálogo triangular próprio das decisões proferidas em cognição exauriente.

3.1. “EXPOSTAS AO RIDÍCULO” [1]

O primeiro fragmento surge como contraponto à laicidade estatal. Ou, em outras palavras, o fato de o Brasil ser um Estado laico (art. 5º, VI, da CF) não obsta que o Judiciário, desde que provocado (logicamente), saia em defesa de figuras religiosas e sagradas.

O argumento utilizado pelo julgador, no entanto, sinaliza um problema decisivo que perpassa toda decisão: a ingerência ilegítima da subjetividade religiosa em uma decisão de traços jurídicos.

“Ridículo” não é um conceito jurídico. Vale dizer, não há uma definição jurídica do que seja (ou não) ridículo. Definir se algo é ou não exposto ao ridículo depende de uma abertura do direito ao ambiente – por exemplo, costumes consolidados em um determinado contexto social.

Como sabido, na sociedade moderna, o direito é apenas um dos vários sistemas sociais. Assim como o sistema jurídico, há também o econômico, o político, o religioso, o científico, o amoroso, dentre outros, todos expostos às mesmas variáveis ambientais. Nesse sentido, “tudo que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou a vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas” (NEVES, 2012, p. 59).

Com efeito, “a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica” (NEVES, 2009, p. 23). Assim é que, cada um desses sistemas será informado por uma racionalidade própria – o que, por sua vez, leva a uma pluralidade de códigos-diferença que serão responsáveis por matizar diferentemente as influências ambientais em cada um desses sistemas autônomos:

A diferença “ter/não ter” prevalece no sistema econômico, o código “poder/não poder” tem o primado no político e a distinção lícito/ilícito predomina no jurídico. Na ciência, arte, educação, religião e no amor, têm o primado, respectivamente, os códigos “verdadeiro/falso”, “belo/feio”, (“afinado versus desafinado esteticamente”), “aprovação/reprovação (enquanto código-limite da diferença gradual “aprender/não aprender””, “transcendente/imanente” e o código amoroso (“prazer/amor” ou “amor/desamor”), que serve de base à formação da família nuclear moderna (NEVES, 2009, p. 24).

Assim é que, para a teoria dos sistemas, não há prevalência de um sistema sobre o outro; há, isto sim, diversos pontos de observação (e de fala), orientados por racionalidades distintas, inseridos no mesmo ambiente de comunicação.

Inevitavelmente, um mesmo fato social pode afetar mais de um sistema. Para não estender demais a digressão: a liberdade religiosa é um tema ligado não apenas à religião, mas também ao direito, à política, à educação. O mesmo fato, portanto (“professar uma crença religiosa”), pode ser visto pelo sistema jurídico como a liberdade de ter uma crença, como a de não ter uma crença; pode ser visto, também, pela religião como uma escolha pessoal de respeito aos dogmas e convenções daquela determinada crença (dimensão positiva), como de respeito institucional e individual de respeitar a crença alheia (dimensão negativa).

Em cada uma dessas situações o que se espera, do ponto de vista teórico-operacional, é que o sistema processe aquela comunicação externa a partir do seu próprio código-diferença e, a partir daí, restabilize a si mesmo, incorporando (ou repelindo) aquela nova forma de comunicação (NEVES, 2012).

O problema surge quando ingerências externas ao sistema rompem com a racionalidade que lhe é própria e, a substituem por outra que lhe é estranha:

Ao afirmar-se o intrincamento dos códigos e critérios de preferência das diversas esferas da vida social (economia, política, família, etc.) com o código-diferença e os critérios do direito, não se desconhece que sempre há um condicionamento de todo e qualquer sistema autopoietico pelo seu ambiente, e que isso constitui pressuposto da conexão auto-referencial dos componentes intra-sistêmicos. Mas, nesse caso, há a “comutação” ou “digitalização” dos fatores externos pelo código e o critério do respectivo sistema. É na capacidade de “releitura” própria das determinantes ambientais que o sistema se afirma como autopoietico. Na medida em que, ao contrário, os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito/ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc, cabe, sem dúvida, sustentar a existência da alopoiese do direito (NEVES, 2011, p. 146 e 147)

A hipótese de “invasão de racionalidade” constitui (ou deveria constituir), portanto, uma quebra/falha no modelo de reprodução e/ou aplicação das comunicações já estabelecidas pelo sistema e por uma razão muito simples: se a leitura do fato é feita a partir de outro código-diferença, o resultado a que se chegará, fatalmente, não se harmonizará com o restante do sistema.

Em termos objetivos: a forma como arte (“belo/feio”) e religião (“transcendente/imane”) processam o mesmo dado ambiental externo é absolutamente diversa, de modo que, tentar reler uma obra artística a partir da religião fatalmente conduzirá não a um apropriado juízo artístico, mas a uma visão religiosa da arte.

A noção de “ridículo” a que faz referência o magistrado, portanto, nasce dessa forma de comunicação desviante – da leitura de um espetáculo de teatro não pela racionalidade própria da arte, mas da religião – e deságua de maneira atabalhoada no Judiciário.

Como já foi dito, o código-diferença próprio do direito é o “lícito/ilícito”. Por consequência, devem (ou deveriam) ser excluídas das leituras processadas pelo sistema jurídico racionalidades inerentes aos sistemas religiosos, por exemplo. Não se trata de ignorar um dado fático externo inerente à religião, mas de evitar que essa forma de comunicação desvirtue a leitura jurídica que será levada a efeito pelo sistema.

A liberdade de professar uma determinada crença, por exemplo, é um dado fático externo ao direito. No contexto social brasileiro, considerando as diversas influências que convergiram para a construção do povo, do ponto de vista jurídico, essa liberdade tem de dizer respeito igualmente à tradição cristã, às religiões de matriz africana, ao ateísmo. O que o direito garante, portanto, é o respeito indiscriminado a todas as formas de crença – o que passa, obrigatoriamente, pela afirmação de um Estado que não professe religião alguma (laicidade).

A laicidade afirmada pela Constituição não é uma postura de indiferença, mas de tolerância. Como ao sistema jurídico é absolutamente indiferente a fé católica ou a fé protestante, todas serão igualmente respeitadas pelo direito. Idêntica proteção será conferida àqueles que não professem fé alguma (agnóstico) ou mesmo se oponham peremptoriamente à noção de divindade (ateu).

Nesse contexto de análise, contrapor à laicidade a manifestação artística é absolutamente indiferente ao direito. Esse argumento somente poderia ser ressignificado se, por exemplo, a encenação da peça obstasse o livre exercício da crença de um dado indivíduo ou grupo de indivíduos. Admita-se que a intenção fosse a de encenar a peça em local público (uma praça, v. g.) e que, como parte do espetáculo, as pessoas que estivessem indo para a igreja passando pelo local fossem impedidas pelo atores e constrangidas a assistir à encenação. Essa forma de constrangimento sim poderia ser questionada.

Doutra banda, ao sistema jurídico não interessa se o espetáculo é belo ou feio. Daí porque, sendo “ridículo” uma das faces da feiura, o argumento constitui uma ingerência ilegítima do código-diferença próprio da arte no sistema jurídico. Em outras palavras, o Juízo formou a sua impressão pessoal acerca da beleza do espetáculo e resolveu transportá-la para o sistema jurídico sob o pálido argumento de que o direito teria interesse em evitar a exposição de figuras religiosas/sagradas ao ridículo. Isso não interessa ao direito. Interessa à parte que promoveu a ação, pode interessar ao Juízo e à sua concepção do que é belo/feio.

Ora, se cada magistrado imbuir-se da função de censor das manifestações artísticas, a liberdade de expressão (e, conseqüentemente, de manifestação artística) será fulminada.

3.2. “INDISCUTÍVEL MAU GOSTO” [2], “DESRESPEITOSA AO EXTREMO” [3], “IMPEDIR UM ATO DESRESPEITOSO” [5], “EXTREMO MAU GOSTO” [6]

Quando colocadas lado a lado as expressões são marcas representativas de duas situações: (i) o subjetivismo é traço característico da decisão e (ii) o recurso à adjetivação funciona como tentativa de legitimar a decisão “de fora para dentro”.

Como mencionado acima, o que o magistrado fez, no caso concreto, foi substituir a racionalidade própria do sistema jurídico pela de outros sistemas sociais. Como a argumentação fundada exclusivamente na racionalidade religiosa seria repelida de maneira mais severa, ela é que dá lugar a argumentos fundados no mero subjetivismo do julgador.

Na prática, portanto, a decisão é tomada não com base naquilo que o direito diz, mas naquilo que o julgador acredita que o direito deveria dizer – em uma postura instrumentalista e perigosa a dizer basta.

A ponderação de Struchiner (2011, p. 124), nesse sentido, não é apenas pertinente, como também arguta:

A pergunta sobre como decidir nas situações em que o direito se esgota ou se mostra indeterminado é uma pergunta extremamente importante e é colocada até mesmo por aquele que acha que o direito é radicalmente indeterminado (que inevitavelmente, se faz essa pergunta o tempo todo). Mas a pergunta sobre como decidir nos casos em que o direito diz claramente o que não queremos ouvir também é uma pergunta legítima e, pelo menos, igualmente intrigante que deveria ser colocada mais vezes. E se essa não é a pergunta enfrentada pelos instrumentalistas, é a pergunta que deveriam se colocar, e é a pergunta que eu coloco na conclusão do trabalho. A resposta dos instrumentalistas, muitas vezes velada, é que nas situações em que o significado desagrade por ir contra aquilo que se imagina como o propósito da regra, o propósito do direito como um todo, ou por ser contrário à totalidade de razões consideradas relevantes para a decisão, então deve-se afastar o direito em função dessas considerações (ou passa-se a identificar o direito com essas considerações)

O “mau gosto” não é próprio do direito, mas da subjetividade do julgador. O mesmo acontece com a classificação arbitrária do que é (ou não) “desrespeitoso”. Nenhum desses dois conceitos interessa ao direito como critério de avaliação de uma dada obra artística. Uma avaliação desse jaez importa ao sistema artístico, é um juízo de valor estético, não jurídico. O problema não está,

nesse passo, em reputar a manifestação artística bonita ou feia, mas em utilizar um critério exclusivamente subjetivo para justificar uma forma de comunicação que deve ser controlável objetivamente e estar pautada em um código-diferença específico “lícito/ilícito”.

Ao fim e ao cabo, está-se diante de um argumento de autoridade que não se coaduna com os fundamentos de um Estado democrático de direito. Vale dizer, toda a decisão, excluindo-se as diversas formas de adjetivação que aspiram ao convencimento do auditório a partir de um falso juízo imparcial de pertinência da obra, poderia ser traduzido nos seguintes termos: o espetáculo contraria aquilo que eu (juiz) entendo como cabível, logo, proíbo sua encenação.

Com efeito, o que a adjetivação globalizante (“indiscutível”, “extremo”) promovida na argumentação tenta fazer é criar uma falsa unanimidade; é colher do auditório uma adesão apriorística ao juízo de valor fundado exclusivamente na subjetividade malferida do julgador. Afinal, por definição, “indiscutível” é algo que não comporta questionamento; é como se a decisão estivesse dizendo ao destinatário: “veja como está claro que essa representação deve ser proibida; não é preciso sequer procurar um fundamento jurídico robusto diante dessa afronta tão evidente”.

3.3. “NÃO SE TRATA AQUI DE IMPOSIÇÃO A UMA CRENÇA” [4]

Rigorosamente falando, não se trata mesmo da imposição de uma crença. Mesmo porque o objetivo do espetáculo teatral não era catequizar o auditório, de modo que não estão em jogo crenças, no plural. Se o cotejo é impossível, obviamente falar em imposição de uma crença também não é pertinente.

O recurso a esse argumento é indicativo de duas situações mutuamente excludentes: ou o julgador não se deu conta do que se estava a discutir nos autos, tamanho o intercâmbio entre as suas impressões pessoais e o direito discutido; ou, estando bem ciente dos valores em disputa, lançou mão de um argumento com aparência de verdade para justificar seu raciocínio.

Diz-se aparência de verdade porque, na prática, o embate não é entre uma crença e outra, mas entre a crença ligada à tradição cristã e a liberdade de expressão artística.

Afirmar que o posicionamento adotado não significa a prevalência de uma crença sobre outra serve também como forma de legitimar a proibição afirmada porque tenta neutralizar a dimensão subjetiva do emissor da ordem. O que se afirma (falsamente) nas entrelinhas é que as convicções pessoais do julgador não seriam relevantes. Ou, de modo completo: as convicções pessoais do julgador não seriam relevantes porque não se trata de um embate entre crenças.

3.4. “CIDADÃO COMUM, AVESSO À ESSE ESTADO DE COISA” [7]

Também aqui há uma tentativa de obter a adesão do auditório a partir da generalização e despersonalização do juízo de valor subjetivo e discricionário que justificou a proibição afirmada.

A generalização forçada acontece quando a figura do cidadão comum é colocada momentaneamente no centro do palco. Como se, num breve parêntesis, o magistrado deixasse o púlpito e ali colocasse o cidadão comum, essa entidade simultaneamente representativa de todos e de ninguém, um receptáculo oco a ser preenchido com a subjetividade que mais apraz a quem enuncia.

O tal cidadão comum mencionado na decisão funciona como uma marionete do juiz e representa mais uma tentativa de buscar legitimação para a decisão de fora para dentro.

Foi dito pouco acima (3.2) que a adjetivação generalizante e taxativa representava a tentativa de criar uma falsa unanimidade, uma adesão apriorística ao juízo de valor. O recurso ao cidadão comum é a consequência natural desse empreendimento.

Rigorosamente falando, ele, o cidadão comum, não precisaria sequer ter sido expressamente mencionado. Ele já estava nas coxias quando, do púlpito, o magistrado afirmou que a proibição atacava um ato de indiscutível/extremo mau gosto. O *fade out* que o conduziu ao púlpito, portanto, foi um preciosismo argumentativo do magistrado.

Uma vez sob as luzes do palco as mãos do cidadão seguem as ordens do comandante. É possível vê-lo repetindo com sua voz de todos e de ninguém que, de fato, o espetáculo é de extremo mau gosto, que afronta de modo indiscutível a sua crença religiosa e que certamente teria seu sentimento maculado. A fala não dura muito, porque o roteiro é breve; ele termina com aquela voz de todos os credos, sexos e identidades afirmando que sim, que era avesso àquele estado de coisa.

Novo *fade out* e o magistrado retorna à posição de destaque. Talvez cumprimente o cidadão comum com duas palmadinhas no ombro, a dizer “serviu-me bem, agora pode voltar para as coxias”; talvez nem se dê ao trabalho de fazê-lo porque sabe que esse cidadão comum não é alguém em quem se possa fiar: por ser vazio ele pode ser tudo; e, se é assim, aquele que agora lhe serviu de marionete pode ser o mesmo a desdizê-lo depois. Basta que se mude o ventríloquo.

3.5. “PEÇA TEATRAL DE UM NÍVEL TÃO AGRESSIVO” [8]

Nesse excerto a função de censor ganha contornos cristalinos. A ordem é clara: uma peça de um nível tão agressivo não pode ser produzida. Assim como Geraldo Vandré não poderia ter composto e cantado “Pra não dizer que falei das flores”; assim como “Arquipélago Gulal” era proibido na União Soviética e todas as histórias românticas de Stendhal, pelo index librorum *prohibitorum*.¹³

O conceito de agressividade, posto também não ser ele juridicamente controlável, remonta unicamente à subjetividade do magistrado. A questão – o ponto central da controvérsia – está em que não se pode legitimar uma proibição apenas a partir da impressão de um indivíduo. Do contrário não se tem um Estado democrático, mas uma realidade despótica.

O julgador, enquanto indivíduo, pode entender que o espetáculo é agressivo à sua crença; pode reputá-lo feio, de mau gosto; pode maldizer toda a equipe técnica: do roteirista ao maquiador. O magistrado, o servidor público e voz do Estado, contudo, não pode. O direito serve à estabilização de expectativas¹⁴ – ou, interpretando Bolt, a lei é a última garantia do homem contra o que há de pior no mundo.¹⁵ Se cada magistrado, de súbito, julgar-se no direito de comandar as relações sociais a partir dos seus próprios juízos de valor a situação se tornará insustentável.

¹³ Fonte: <https://sourcebooks.fordham.edu/halsall/mod/indexlibrorum.asp>, acesso em 06 de fevereiro de 2018.

¹⁴ “A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. (...) O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outros. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro” (LUHMANN, 1983, p. 47)

¹⁵ “Roper: Então agora você dá ao Diabo o benefício da dúvida!

More: Sim. O que você faz? Deixa a lei de lado para ir atrás do Diabo?

Roper: Eu derrubaria todas as leis da Inglaterra para fazer isso!

More: É? E quando a última lei caísse e o Diabo se voltasse contra você, onde você se esconderia, Roper, com as leis todas no chão? Esse país é fundado por leis de costa a costa – leis humanas, não divinas – e se você derubá-las – e você é capaz disso – você realmente acha que ficaria de pé com os ventos que soprariam? Sim, eu daria ao Diabo o benefício da dúvida, para o meu próprio bem.”

“Roper: So now you’d give the Devil benefit of law!

More: Yes. What would you do? Cut a great road through the law to get after the Devil?

Roper: I’d cut down every law in England to do that!

More: Oh? And when the last law was down, and the Devil turned round on you where would you hide, Roper, the laws all being flat? This country’s planted thick with laws from coast to coast – Man’s laws, not God’s—and if you cut them down – and you’re just the man to do it – d’you really think you could stand upright in the winds that would blow then? Yes, I’d give the Devil benefit of law, for my own safety’s sake” (BOLT, 2013, p. 135 e 136, tradução livre)

3.6. “O QUE NÃO PODE SER TOLERADO É O DESRESPEITO A UMA CRENÇA” [9]

Diferentemente do que ocorre com a religião muçulmana – em que qualquer representação do profeta Muhammad é proibida –, parte da religiosidade católica está necessariamente vinculada a imagens e representações do divino. Rigorosamente falando, a representação simbólica da figura de Cristo é indissociável da tradição religiosa cristã. Tanto o problema não está na encenação teatral da figura de Cristo que há mais de cinquenta anos, tem sido exibido, no Município pernambucano de Brejo da Madre de Deus, a representação da Paixão de Cristo.

Ao retratar o Cristo negro Suassuna também diverge da representação tradicional-europeia do divino. Se o critério para aferir a pertinência de uma obra artística for o respeito às convenções, certamente também “Auto da compadecida” teria de ser taxada como agressiva, de mau gosto e ter a sua circulação proibida .

Retomando o quanto já dito alhures: para o direito, o fato de Cristo ser representado numa determinada encenação teatral como negro, mulher, índio, homossexual ou heterossexual é absolutamente indiferente. Isso é discussão afeita à arte, que certamente julgará o espetáculo a partir de suas premissas e conforme sua própria racionalidade.

De todo modo, as diversas formas de representação do divino não constituem, por si só, uma permissão a que o sistema jurídico passe a regular o que pode ou não ser encenado. Nesse sentido, pertinente a ponderação de Pereira (2017):

Se os cristãos são capazes de suportar Jesus, que embora fosse palestino é representado como europeu, se permitem que sua imagem seja aviltada por doutores da lei, falsos profetas e fariseus, por que se referir a Jesus no gênero feminino é considerado uma ofensa?

O problema não é a sua representação, mas a ideia construída a respeito de sua imagem, que sustenta a estrutura patriarcal, e por outro lado o que se constrói como ofensivo, antinatural e desrespeitoso.

3.7. “BAIXÍSSIMO NÍVEL INTELECTUAL” [10]

Quando escreveu “O evangelho segundo Jesus Cristo”, Saramago foi impedido, em 1992, pelo Governo conservador português, de representar o país

¹⁶ “MANUEL. Você [João Grilo] é cheio de preconceitos de raça. Vim hoje assim de propósito, porque sabia que isso ia despertar comentários. Que vergonha! Eu Jesus, nasci branco e quis nascer judeu, como podia ter nascido preto. Para mim, tanto faz um branco como um preto. Você pensa que eu sou americano para ter preconceito de raça?” (SUASSUNA, 2005, p. 149)

no Prêmio Literário Europeu. Na obra, Jesus era humanizado e Deus posto em xeque a partir das contradições racionais do relato bíblico (AGUILERA, 2010). Em 1998, quando foi escolhido para receber o Prêmio Nobel de Literatura, a Academia Sueca disse que esse mesmo livro era um romance que continha reflexões memoráveis; em que Deus e o Diabo negociavam sobre o mal; e no qual Jesus questionava seu papel nos desígnios divinos.¹⁷

Arte não é ciência exata. De modo que, por um acordo tácito com o produtor da obra, não cabe ao intérprete a pretensão de se lhe aplicar a racionalidade própria das ciências, por exemplo. Dessa maneira, afirmar aprioristicamente que uma determinada manifestação artística revela um “baixíssimo nível intelectual” é, para dizer o mínimo, inquestionavelmente açodado. Para que se possa questionar o nível intelectual de uma determinada manifestação artística é preciso, antes, conhecer o seu interior teor, conferir a coerência interna às suas premissas, analisar o desenvolvimento das personagens e da trama como um todo.

Certamente o nível intelectual de Saramago não seria colocado em xeque, a despeito de sua defesa irredutível do ateísmo.

E, em qualquer hipótese, nível intelectual não serviu, nem nunca poderá servir para justificar que o Judiciário, em um regime democrático, funcione como censor da produção cultural.

Em outras palavras: pouco importa, para o sistema jurídico, se a peça foi escrita por Nelson Rodrigues ou por Fulaninho das verduras; se uma delas irá revolucionar para sempre a história do teatro e a outra esquecida antes de terminado o mês. Ambos são igualmente livres e devem, por consequência, ter suas liberdades artísticas respeitadas. Caberá ao público e à crítica julgá-las e atestar o sucesso das produções, não ao direito.

O que o argumento em análise parece esconder, no entanto, é algo muito mais preocupante do que um simples açodamento. O que se deixa antever por trás da afirmação infeliz do Juízo é o seguinte: aquilo que não for tido por Sua Excelência como digno de ser encenado, não deverá sê-lo.

¹⁷ No original: “‘The Gospel according to Jesus Christ’ from 1991, a novel about the life of Jesus, contains in its outspokenness memorable reflections on important issues. God and the Devil negotiate about evil. Jesus questions his role and challenges God.” – disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1998/press.html, acesso em 06 de fevereiro de 2018.

Processualmente falando, a decisão liminar em análise foi revista, em definitivo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – provocado pela interposição de agravo de instrumento. No acórdão, o Desembargador José Luiz Monaco da Silva ponderou (SÃO PAULO, 2018):

É preciso observar que a peça tem caráter ficcional e objetiva fomentar o debate sobre os transgêneros. Ou seja, não tem a intenção de ultrajar a Fé Cristã. A prevalecer o entendimento do MM. Juiz de 1º grau, os escritores, novelistas, dramaturgos não teriam liberdade de criar as suas obras para que o público pudesse deleitá-las. Sem dúvida, r. decisão atacada feriu de morte a atividade artística da atriz transgênero que interpreta o personagem bíblico Jesus Cristo. **Pode-se até não concordar com o conteúdo da peça, mas isso não é motivo suficiente para alguém bater às portas do Judiciário para impedir a sua exibição. Basta não assistir ao espetáculo!** E a reforma da decisão também se justifica por outro motivo: ao consultar a rede mundial de computadores, colhe-se a informação segundo a qual o mesmo espetáculo foi encenado na noite de 16 de setembro no teatro do Sesc de São José do Rio Preto e teve ótima acolhida pelo público. Aliás, segundo consta da reportagem, “o público ovacionou a atriz Renata Carvalho e aplaudiu de pé por mais de um minuto” (<https://g1.globo.com/sao-paulo>). Ora, privar o público de Jundiá de assistir ao espetáculo representa uma verdadeira agressão à cultura (destaques ausentes no original).

De fato: basta não assistir.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil do século XXI é um país cético, ainda assombrado por fantasmas do passado – escravidão nunca erradicada, a sombra da ditadura militar à espreita¹⁸, promessas afirmadas no plano cultural que jamais foram concretizadas¹⁹ – com uma consciência cada vez mais clara acerca do seu subdesenvolvimento.

Ainda no século passado, Cândido (1970, p. 140) observou que

O que predomina agora é a noção de país subdesenvolvido. Conforme a primeira perspectiva [que vigorou até a década de 1930] salientava-se a pujança virtual e, portanto, a grandeza ainda não realizada. Conforme a segunda, destaca-se a pobreza atual, a atrofia: o que falta, não o que sobra.

¹⁸ É significativo que no último Relatório ICJBrasil as Forças Armadas ocupem o primeiro lugar no ranking das instituições mais confiáveis do país, com 56%, seguidas pela Igreja Católica (53%), as redes sociais (37%) e a imprensa escrita (35%). (RAMOS, 2017).

¹⁹ “Em suma, o século XX é atravessado quase de cabo a rabo pela presença forte de uma autoimagem cultural afirmativa, baseada nos valores da mistura, da graça, do desrecalque corporal, do princípio do prazer, da apropriação criativa, valores que a cultura brasileira foi capaz de realizar – mas não a sociedade. Esta esteve sempre travada pelas metamorfoses do poder oligárquico, historicamente mudando para permanecer o mesmo, controlando cada oportunidade de transformação social mais estrutural e submetendo-a à lógica de modernização conservadora (...) Há uma defasagem imensa entre o que o Brasil chegou a realizar em sua cultura e o que pôde realizar enquanto sociedade”. (BOSCO, 2017, p. 42)

Quase cinquenta anos depois da ponderação de Cândido e ainda às voltas com a maior crise econômica da história do país, o Brasil continua a colecionar promessas de uma nação dita desenvolvida. Aqui, está-se sempre a um passo do quase e, por isso mesmo, sempre muito distante de qualquer conquista minimamente sólida; aqui, onde a corrupção atinge o nível das expectativas de conduta (NEVES, 2011) o desafio está nas coisas mais elementares: no sair à rua à noite, nas refeições da escola pública, na estrutura mínima de saúde.

Nesse contexto, é um truísmo, mas em tempos estranhos em que o agigantamento do Judiciário ressuscita tendências arbitrárias com aparência de legitimidade institucional até a mais banal das verdades (às vezes) precisa ser anunciada: a complexidade, no mais das vezes, não é facilmente processada.

Porque é muito confortável propagar a democracia quando aquilo que está sendo anunciado é objeto de concordância: no consenso todos são democráticos. A virtude – e o desafio –, no entanto, está no respeito à manifestação que se opõe àquilo que se entende como justo/adequado/razoável/pertinente: a prova cabal de maturidade de um sistema democrático consiste na convivência do dissenso.

A liberdade de expressão, nesse sentido, configura não apenas uma garantia fundamental, mas condição sine qua non para consolidação do verdadeiro paradigma democrático.

Não cabe ao Estado dizer o que pode ou não ser exibido, produzido, encenado. Ao contrário, o que lhe cabe é o dever de abstenção: que os indivíduos pensem e produzam no limite de suas consciências pessoais e artísticas.

Ao Judiciário, enquanto integrante dessa estrutura estatal, impõe-se ainda o dever de fazer com que o direito cuide estritamente do que lhe cabe, de acordo com a racionalidade que lhe é inerente. Que as partes, movidas pelo estado de ânimo e as paixões próprias da parcialidade é algo que se compreenda; que o Estado-Juiz, equidistante por definição, permita-se influenciar por racionalidades estranhas ao sistema jurídico é coisa absolutamente distinta.

Não que se exija do magistrado neutralidade no decidir. A própria noção de atividade decisória como dimensão do agir humano afasta, de partida, a pretensão de imparcialidade estéril. O que se busca – e não se pode deixar de buscar jamais –, é que os posicionamentos jurisdicionais respeitem as garantias fundamentais, observem o dever de fundamentação adequada das decisões (art. 93, IX, CF e arts. 11 e 489 do CPC) e fiscalizem a si mesmos na tentativa de evitar que racionalidades distintas promovam ingerências diretas no sistema jurídico, desnaturando o seu código-diferença próprio.

Em última hipótese, talvez, no mais das vezes, o segredo esteja em relembrar as lições cristãs básicas: respeitar o próximo, como se gostaria de ser respeitado; e não permitir que a pressa conduza a julgamentos apressados sobre a vida e os valores alheios.

Ou, como razoavelmente ponderou Saramago (1998): “a mensagem do cristianismo é que devemos amar-nos uns aos outros. Não tenho obrigação amar a todos, mas, sim, de respeitar a todos”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA, Fernando Gómez (sel. e org.) As palavras de Saramago: catálogo de reflexões pessoais, literárias e políticas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ALEKSIÉVITCH, Svetlana. O fim do homem soviético. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BLOOM, Harold (ed.). Ray Bradbury's Fahrenheit 451. Nova Iorque: Chelsea House, 2007.

BOLT, Robert. A Man For All Seasons (ebook). London: Bloomsbury, 2013.

BOSCO, Francisco. A vítima tem sempre razão?: Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2017.

BRADURY, Ray. Fahrenheit 451. 2ª ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂNDIDO, Antônio. Literatura e subdesenvolvimento. In: A educação pela noite e outros ensaios. São Paulo: Ática, 1989.

COLARES, Virgínia. Hermenêutica endoprocessual: abrindo o diálogo entre as Teorias do Processo e a Análise Crítica do Discurso Jurídico. In: COLARES, Virgínia (org.) São Paulo: Cortes, 2016, p. 387-419

ECO, Umberto. Confissões de um jovem romancista. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

FAIRCLOUGH, Norman. Discurso e mudança social. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.) Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LAUB, Michel. O tribunal da quinta-feira. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LOCCHI, Maria Chiara. Fahrenheit 451 e os limites à liberdade de expressão. ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura. v. 2, n. 1, janeiro-junho 2016, p. 33-52.

LUHMAN, Niklas. Sociologia do Direito 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NELSON, Maggie. Argonautas. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan./mar. 2016.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

_____. Constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

PEREIRA, Gisele. O desconforto do corpo de Jesus, rainha do céu. Carta Capital, 2017. <https://www.cartacapital.com.br/blogs/dialogos-da-fe/o-desconforto-do-corpo-de-jesus-rainha-do-ceu>, acesso em 06 de fevereiro de 18.

RAMOS, Luciana de Oliveira (coord). Relatório ICJBrasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf, acesso em 28 jan. 2018.

ROONEY, John P. Distorções da Linguagem na Busca da Justiça. Anuário da Pós-Graduação em Direito. Recife: Editora Universitária – UFPE, 2007, p. 173-180.

SÃO PAULO. 1ª Vara Cível de Jundiaí. Decisão interlocutória. Proc. 1016422-86.2017.8.26.0309. Diário da Justiça Eletrônico. Data da Disponibilização: 20/09/2017. Data da Publicação: 21/09/2017. Número do Diário: 2434, página: 1006/1032.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. Acórdão. Proc. 2180296-90.2017.8.26.0000. Diário da Justiça Eletrônico. Data da Disponibilização: 22/02/2018. Data da Publicação: 23/02/2018. Número do Diário: 2521, página: 2021.

SARAMAGO, José. Saramago responde ao Vaticano. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio. Lições de crítica hermenêutica do direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Direito e interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121-152.

SUASSUNA, Ariano. Auto da Compadecida. Rio de Janeiro: Agir, 2005.

VARGAS LLOSA, Mario. Elogio da leitura. Santos: Simonsen, 2015.

VESPAZIANI, Alberto. O poder da linguagem e as narrativas processuais.

ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura. v. 1, n. 1, janeiro-junho 2015, p. 69-84.

MULTICULTURALISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO NA DEFESA DA IDENTIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

Multiculturalism in brazil: an analysis of the evolution in defense of the identity of indigenous people

Thereza Maria Menezes Acioli Cavalcante

Graduada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.
Pós-graduada em Direito Constitucional da rede de ensino LFG/Anhanguera
em 2017.

Analista do MPU com atuação no Ministério Público Federal entre 2013 e
2015.

Analista Judiciária do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

RESUMO: O presente trabalho desenvolve uma análise do tratamento dado aos povos indígenas no Brasil no que se refere à preservação de sua identidade, pautada no postulado do multiculturalismo. Apresenta-se um breve esboço histórico dos povos indígenas no País e a respectiva regulamentação, interna e internacional, a que eles foram submetidos desde o “descobrimento” do Brasil até a atualidade. Em seguida, é realizada uma análise do conceito de multiculturalismo e, por fim, retrata-se o panorama atual da temática em nossa sociedade, especialmente no âmbito do Judiciário, com o registro de recomendações para o aperfeiçoamento nessa seara.

Palavras-chave: POVOS INDÍGENAS. MULTICULTURALISMO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. NORMAS INTERNACIONAIS. PANORAMA ATUAL. PERSPECTIVAS FUTURAS

ABSTRACT: The present work develops an analysis of the treatment given to the indigenous peoples in Brazil regarding the preservation of their identity, based on the postulate of multiculturalism. A brief history of the indigenous peoples in the country is presented, as well as the respective internal and international regulations to which they have been submitted since the "discovery" of Brazil to the present day. Then, an analysis of the concept of multiculturalism is carried out and, finally, the current panorama of the theme in our society, especially in the scope of the Judiciary, is presented, with the record of recommendations for the improvement in this area.

Keywords: INDIGENOUS PEOPLE. MULTICULTURALISM. CONSTITUTION OF 1988. INTERNATIONAL STANDARDS. CURRENT OVERVIEW. FUTURE PERSPECTIVES

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade estudar o panorama legislativo, administrativo e judiciário da defesa dos povos indígenas, a níveis nacional e internacional. Assim, será abordado o multiculturalismo adotado pela Constituição da República de 1988 e os reflexos dessa previsão na realidade dos indígenas, perpassando, dentre outros diplomas, pela Convenção 169 da OIT e pelo Estatuto do Índio.

Referido tema se justifica em virtude de a questão indígena ser cada vez mais frequente em nosso Poder Judiciário, o que ocorre em virtude do fortalecimento e da união desses povos ocasionados pelo crescente suporte legal que os vem resguardando.

Para atingir tais propósitos, o presente artigo será dividido em 05 (cinco) capítulos. No primeiro, serão feitos breves apontamentos acerca do tema em uma perspectiva histórica, com uma retrospectiva das principais mudanças legislativas e administrativas até a Constituição de 1988.

O segundo capítulo trará o conceito de multiculturalismo e sua relação com as questões indígenas.

O terceiro capítulo traçará um comparativo entre o tratamento legislativo dado a esses povos pelo Estatuto do Índio e pela Constituição Federal, símbolo do multiculturalismo em nosso País.

O quarto capítulo indicará as principais normas internacionais que tratam da defesa dos direitos dos indígenas.

O quinto capítulo visará reproduzir como os significativos avanços ocorridos a respeito do tema na legislação se refletem na sociedade atual e apontará algumas alterações pontuais necessárias para um progresso ainda maior.

Para alcançar o desiderato científico proposto, a metodologia utilizada será a pesquisa por meio de revisão bibliográfica, de estudo do arcabouço normativo nacional e internacional e da análise crítica acerca do que vem sendo decidido pelos Tribunais com relação ao tema.

Por fim, o objeto deste trabalho científico se voltará à abordagem da forma como o Brasil vem lidando com o passar dos anos, objetivando o resguardo da identidade indígena, sua cultura, língua, crenças, entre outros atributos que lhes são próprios. Ou seja, será feito um apanhado do respaldo que tais povos vêm tendo pelo aparato Estatal – especialmente legislativo e jurisdicional – para a manutenção das características que lhes são ínsitas, com respaldo no pluralismo (multiculturalismo) reconhecido na Carta Magna e em diplomas internacionais, identificando-se novas formas viáveis de ampliar a proteção da identidade indígena.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E BREVE HISTÓRICO

Leciona De Souza Filho (2004) que “[...] a uma sociedade que não é una, não pode corresponder um único Direito [...]”. Segue dizendo que “outras formas e outras expressões haverá de existir, ainda que simuladas, dominadas, proibidas e, por tudo isto, invisíveis”. É nesse contexto que surge a necessidade de estudos objetivando a preservação de costumes diferentes daqueles seguidos pela tradicional cultura ocidental predominante no Brasil, como é o caso dos povos indígenas que aqui habitam.

É fato que, apesar da lucidez do pensamento acima, com vistas ao respeito à diferença, não parece ser ele dominante na consciência coletiva de nossa sociedade.

A despeito das alterações benéficas realizadas na Constituição com vistas a proteger os direitos indígenas, tais mudanças ainda não se encontram totalmente implementadas pelo Estado, especialmente por conta da manutenção de uma compreensão distorcida a respeito da identidade de tais povos.

Tal desvirtuamento pode ser ilustrado, por exemplo, pela utilização corriqueira de alguns termos inapropriados no que se refere a esse tema, os quais possuem, inclusive, respaldo no que é ministrado em nossas escolas, no conteúdo dos livros didáticos e nas informações trazidas pela imprensa.

O primeiro deles é a expressão “descobrimento do Brasil”, por meio da qual nos referimos à chegada dos Portugueses ao nosso País. É axiomático não haver sentido em se defender o descobrimento de um local que já era habitado há milhares de anos. A expressão só faz sentido dentro da historiografia europeia, sendo mais adequado o uso do termo “conquista”, conforme precisa sugestão constante na obra *Índios no Brasil 1*, da coleção *Cadernos da TV Escola*, do Ministério da Educação (2001).

Referir-se às populações indígenas como “índios” consiste na segunda imprecisão terminológica perpetuada durante todo o lapso temporal pós “descobrimento”. A denominação em comento foi cunhada à época da chegada de Cristóvão Colombo às Américas e tem raízes no fato de este imaginar ter encontrado as Índias por nova rota marítima. A expressão foi mantida pelos europeus para todos os grupos de ascendência pré-colombiana, mesmo após constatado que se tratava de outro continente e mesmo diante da nítida diversidade que as comunidades possuíam entre si (RAMOS, 2016).

A política adotada pelos Portugueses no Brasil tinha como pano de fundo a compreensão de que os indígenas eram populações selvagens (por isso mesmo chamados também de “silvícolas”), as quais deveriam necessariamente evoluir e chegar ao mesmo patamar em que se encontravam os homens brancos (europeus).

Detalha bem esse contexto Evangelista (2004):

[...] as relações, nos vários períodos, entre português/brasileiro com os indígenas foram construídas com base no conflito uniformização/diversificação, ou uniformização do que é diverso, característica do processo de colonização, com a organização dos sistemas de domínio [...] neste processo os indígenas foram vistos, predominantemente, como grupo homogêneo, e não como diversificado em cultura, organização, história etc., ou seja, a utilização constante do termo genérico indígena, muito mais representava a quantidade de componentes do que a variedade de culturas, ou mais precisamente como povos distintos em construção social e cultural entre si e por isso não se conformando na categoria genérica: índio. Essa talvez seja a característica que aproxima as várias políticas indigenistas portuguesas/brasileiras até a atualidade.

Dentre todos os direitos dos quais eram tolhidos os povos indígenas, aquele que mais interessava aos portugueses era o direito às terras ocupadas, das quais os índios eram expulsos, quando não exterminados.

Se, de um lado, de nada adianta atribuir direitos aos indígenas sem lhes assegurar suas terras – como se extrai das palavras de Maia (2017), “índio é terra; terra é justiça; justiça é paz” –, por outro, a outorga dessas terras passa obrigatoriamente pela necessidade de aceitação da cultura daqueles, seus costumes e tradições. Sem o reconhecimento das diferenças que lhes são

inerentes pela sociedade e, em especial, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não serão concedidos aos seus pleitos a legítima importância que possuem, sendo tratados como mero capricho.

Durante a história de nosso País, os direitos dos povos indígenas foram regulados das mais diversas maneiras. Nesse ponto, cumpre destacar que a nomenclatura “direito indígena”, conforme ensina Santos Filho (2005), tecnicamente, designaria o direito produzido pelo próprio grupo indígena, enquanto que “direito indigenista” seria o nome adequado a apontar o direito produzido pelo grupo dominante que trata da condição indígena (no caso, a Constituição e as Leis do Brasil).

Assinalada essa distinção, a qual, entretanto, não é adotada pela legislação brasileira, pode-se indicar como marco inicial regulatório do direito indígena o Alvará Régio, de 1680, editado durante o período colonial, o qual denominava os povos indígenas de “primários e naturais senhores” de suas terras. Por essa razão, o referido documento é considerado o embrião do instituto do indigenato.

Nossa primeira Constituição (1824) foi omissa quanto aos direitos dos indígenas, assentando a necessidade de sua assimilação ao cristianismo, determinando o Ato Adicional de 1834 à Constituição de 1824 a competência das Províncias para o fomento da “catequese e civilização” dos indígenas. Permanece o menosprezo com sua forma de vida, tanto que eles passaram a ser considerados, pela Lei de 27 de outubro de 1831, equivalentes aos órfãos, de forma que necessitavam de tutela, a denominada tutela orfanária dos indígenas (RAMOS, 2016).

A Carta Magna de 1891 também foi omissa em regular a matéria indígena. Já em 1910, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI), o qual aparentava ser mais benéfico aos índios, já que não objetivava catequizá-los, mas apenas proporcionar proteção e assistência. Todavia, ainda assim, era mantida a ideia de integração, buscando tornar os índios trabalhadores na acepção europeia do termo (FUNAI, 2017).

Nesse meio tempo, foi editado o Código Civil de 1916, o qual, no parágrafo único de seu art. 6º, entendeu que os índios eram incapazes e, por conta disso, seria criada, por intermédio de leis e regulamentos especiais, uma espécie de “tutela”, que só cessaria com a sua adaptação (à “civilização” do País).

A Constituição de 1934 foi a primeira a regular o direito dos povos indígenas às suas terras, assegurando a eles o respeito à sua posse (art. 129). Apesar desse avanço, persistia a ideia de “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, o que seria de competência da União (Art. 5º, XIX, “m”).

A Lei Maior de 1967, por sua vez, assegurou aos índios a posse permanente das terras que habitam e reconheceu o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (art. 186). No mesmo ano, foi criada a FUNAI, em substituição ao SPI, por meio da Lei 5.371/67. Entretanto, como aquela se ergueu sobre os escombros deste, aproveitando inclusive a sua estrutura de pessoal e recursos materiais, não é desarrazoado o entendimento de Araújo (2017), segundo a qual constitui “um pouco mais do mesmo”.

Em 1973, foi editado o Estatuto do Índio, medida que “foi parte de estratégia de reverter a imagem do país internacionalmente, mostrando preocupação com os indígenas e cumprimento das convenções de que era signatário” (EVANGELISTA, 2004). Apesar de trazer pela primeira vez o propósito de “preservar sua cultura” e “assegurar a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência”, contraditoriamente, aponta também o objetivo de “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Somente com a Constituição de 1988 passa a ser reconhecido aos povos indígenas o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes e línguas (DE SOUZA FILHO, 2004). Esse mandamento foi inserido no Capítulo VIII (“Dos Índios”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Lei Maior, que possui apenas dois artigos, sendo que o primeiro (art. 231) conta com sete parágrafos.

Uma das formas de garantir a cultura e o estilo de vida dos índios é lhes proporcionando direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que inclui não só as necessárias para habitação, mas as “utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. Ou seja, nossa atual Carta Magna levanta a bandeira do multiculturalismo, a seguir detalhado.

2 MULTICULTURALISMO

Antes de conceituar o multiculturalismo, cumpre contextualizar a colocação dessa temática na ordem do dia, no Brasil e no mundo. Kretzmann (2017) retrata bem esse cenário:

A luta multicultural está enraizada no processo histórico de formação dos países americanos, que passaram por um processo de conquista e colonização, seguido de uma política de assimilação forçada e de eliminação da identidade dos povos que habitavam as terras “descobertas”. Após o desaparecimento de grande parte

da população indígena brasileira e da verdadeira segregação dos povos e culturas ditas “diferentes”, surge a consciência de que deve haver o reconhecimento e o respeito a estes povos e às suas manifestações culturais.

No Brasil, essa consciência desponta especialmente com a edição da Constituição de 1988, por meio da qual passou a se afirmar o caráter multicultural da nação e outorgar reconhecimento especial e direitos específicos aos indígenas. Referido avanço ocorreu com fundamento, principalmente, no paradigma multiculturalista.

A situação em comento se refletiu no número de pessoas que se consideravam indígenas. Os indígenas foram incluídos, a partir de 1991, no censo demográfico nacional. Segundo dados da FUNAI (2017):

O contingente de brasileiros que se considerava indígena cresceu 150% na década de 90. O ritmo de crescimento foi quase seis vezes maior que o da população em geral. O percentual de indígenas em relação à população total brasileira saltou de 0,2% em 1991 para 0,4% em 2000, totalizando 734 mil pessoas. Houve um aumento anual de 10,8% da população, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias, quando a média total de crescimento foi de 1,6%.

Santos (2003) define a expressão multiculturalismo como “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades 'modernas'”. Ou seja, existe a convivência em um país, região ou local de diferentes culturas e tradições. Há uma mescla de culturas, de visões de vida e valores. Taylor (1993), por sua vez, aduz que o conceito fundamental do multiculturalismo é o “reconhecimento”, enquanto seus conceitos auxiliares são “autenticidade”, “identidade” e “diferença”.

Também com referência a esse conceito explica Kymlica (1996):

[...] uma fonte de diversidade cultural é a coexistência, dentro de um mesmo Estado, de mais de uma nação (uma comunidade histórica, mais ou menos completa institucionalmente, que ocupa um território ou uma terra natal determinada e que compartilha uma língua e uma cultura diferenciadas). Daí que um país que contenha dentro de seu território mais de uma nação, não poder ser considerado uma nação-Estado, “mas um Estado multinacional, onde as culturas menores compõem as ‘minorias nacionais’”.

Conceito oposto ao de multiculturalismo é o etnocentrismo, aclarado por Meneses (1999):

Etnocentrismo é um preconceito que cada sociedade ou cada cultura produz, ao mesmo tempo que procura incutir, em seus membros, normas e valores peculiares. Se sua maneira de ser e proceder é a certa, então as outras estão erradas, e as

sociedades que as adotam constituem “aberrações”. Assim o etnocentrismo julga os outros povos e culturas pelos padrões da própria sociedade, que servem para aferir até que ponto são corretos e humanos os costumes alheios. Desse modo, a identificação de um indivíduo com sua sociedade induz à rejeição das outras.

O problema para a implementação do multiculturalismo é a definição do que seja cultura e, especificamente quanto aos povos indígenas, a definição (e aceitação pela sociedade e pelo Estado) de quem são eles, independentemente de preconceitos que nos foram passados ao longo da nossa existência.

O juízo equivocado anteriormente salientado ainda mantém raízes em nosso ordenamento jurídico. Tal situação se dá, dentre outros preconceitos enraizados, em virtude de ainda persistir em vigor o Estatuto do Índio, o qual infelizmente ainda não foi substituído por um marco mais moderno, de forma que permanecem existindo incongruências no trato da questão indígena, como será demonstrado a seguir.

3 ESTATUTO DO ÍNDIO X CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Estatuto do Índio representa aquilo que há de mais obsoleto em nosso ordenamento jurídico no que se refere aos povos indígenas. Com efeito, referida lei, editada em 1973 e em vigor até hoje, mantém em voga o paradigma integracionista de forma bastante clara, realizando discriminação odiosa, já que classifica os índios em três categorias numa escala “evolucionista”, em cujo ápice se encontra aquele equivalente (equiparado) ao homem branco e seus costumes. Tais classes são muito bem explicadas por Vitorelli (2016):

A primeira é a dos índios não-integrados, que são a imagem idealizada e pré-colombiana de índio: nus, inocentes, sem falar a língua portuguesa, sem utilizar produtos industrializados, sem acesso a quaisquer meios de comunicação modernos. Esse índio é o único digno de proteção, incidindo sobre ele todas as normas protetivas do Estatuto do Índio, inclusive a norma de incapacidade civil – o índio é considerado incapaz, sob tutela do órgão indigenista que é a FUNAI –, a qual é vista como uma forma de proteção. A segunda é a do índio em vias de integração, que se dá quando o índio ainda mantém algumas características tribais intocadas, mas já se contaminou com costumes dos brancos (ex: fala português). A terceira situação é a do índio integrado. Apesar de não haver uma definição clara do momento em que o processo de integração se conclui, pode ser ele entendido como aquele que fala português, vota, pilota motocicleta e comete crimes.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, de forma totalmente inovadora, acolheu, em seu art. 231, a relatividade das culturas, o qual reconhece

e valoriza a diversidade cultural e a pluralidade de etnias. Ou seja, a Carta Magna deixa para trás o paradigma integracionista, abandonando a ideia de assimilação dos índios à cultura predominante entre os não-índios.

Evangelista (2004) traz um rol dos ganhos que esse diploma trouxe aos povos indígenas:

1. O reconhecimento das organizações indígenas, além dos próprios índios e suas comunidades, como parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos;
2. O reconhecimento da diversidade cultural existente no Brasil a partir do reconhecimento das línguas indígenas e dos povos indígenas com sua cultura, costumes, crenças e tradições;
3. Uma educação diferenciada para cada povo indígena, e principalmente com um processo próprio de aprendizagem;
4. O reconhecimento do direito à terra, sendo esse direito anterior a própria formação do Estado nacional brasileiro;
5. A vinculação da exploração mineral a uma autorização do Congresso Nacional;
6. A proteção e demarcação das terras indígenas como obrigações do Estado;
7. A nulidade de atos que tenham como objeto o domínio e posse das terras indígenas.

Com a edição da Constituição de 1988, fica claro que alguns dispositivos do Estatuto do Índio não foram recepcionados, incluídos todos aqueles que classificam os índios conforme as categorias acima, diferenciando a proteção estatal que lhes será oferecida (arts. 1º, 2º, II e VI, 3º e 4º).

Todavia, apesar dos monumentais avanços perpetrados pela Carta Magna, uma leitura rápida do capítulo dedicado aos povos indígenas demonstra que ela pecou por ter se limitado a detalhar a defesa das terras indígenas (note-se que mais da metade dos itens acima diz respeito a isso) em detrimento dos demais direitos, inclusive o direito à diferença.

Via de consequência, muitas pessoas, especialmente as pouco conhecedoras da matéria, acabam por limitar o conteúdo da Constituição, no que se refere aos índios, ao direito às terras tradicionalmente ocupadas. O multiculturalismo, apesar de estar ostensivamente previsto na Constituição e de possuir plena eficácia, acaba sendo ofuscado pela regulamentação prevalente da temática das terras indígenas e, pior ainda, pelo obsoleto regimento do Estatuto do Índio, que permanece no inconsciente coletivo.

Apontadas as características de nosso ordenamento interno, cumpre destacar que os povos indígenas também contam com o respaldo das normas internacionais em vigor no Brasil que regulam o tema, de forma que as importantes disposições, às vezes esquecidas, da Carta Magna ganham ainda mais força.

4 PRINCIPAIS NORMAS INTERNACIONAIS A RESPEITO DO TEMA

Primeiramente, cumpre destacar a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, que foi adotada por essa Organização Internacional em 1989 e incorporada internamente pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.051 de 2004. Referido tratado foi editado em substituição à Convenção 107 de 1957, também da OIT, que mantinha um prisma essencialmente integracionista.

Uma das mais importantes prescrições que ela traz é a defesa da autoidentidade indígena ou tribal, ou seja, a definição de quem sejam os povos que a ela se sujeitam é feita mediante o autorreconhecimento (reconhecimento de tal condição pelo próprio indivíduo ou pela comunidade onde vive). Dessa forma, nenhum Estado ou grupo social não-indígena tem o direito de negar a referida identidade a outrem, não havendo espaço para o heterorreconhecimento.

A disposição possui teor totalmente dissonante do Estatuto do Índio, que, em seu art. 3º, define como indígena aquele que assim se identifica e “é identificado”. A abertura trazida pelo artigo em comento dá espaço para a prevalência dos preconceitos a que já se fez referência, como, por exemplo, de que se o indígena usa celular, ele não pode ser assim identificado.

Além disso, a Convenção 169 da OIT assegura consulta prévia, livre e informada a respeito de políticas públicas que possam lhes atingir ou às suas terras (Artigo 6º, item 1). Nesse ínterim, ainda que determinada medida seja entendida como benéfica a esses povos, tal não deverá ser implementada sem que antes esses sejam consultados, pois apenas a eles caberá estabelecer suas prioridades.

Garante-se, também, a consideração de seus costumes na aplicação da legislação nacional (artigo 8º), especialmente quando lhes forem aplicadas sanções penais (artigo 10), e é permitido que tais povos possam aplicar os próprios métodos na repressão de delitos (artigo 9º).

Por fim, garante o Tratado em epígrafe a propriedade dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 14), disposição nitidamente mais favorável do que a trazida em nossa Carta Magna, que apenas os concede a posse permanente com o usufruto exclusivo de suas riquezas (art. 231, §1º).

Duprat (2015) bem resume os benefícios trazidos por essa Convenção:

A Convenção n. 169 da OIT é seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico. Se, por um lado, tornou visíveis grupos historicamente deslocados para as margens da sociedade, por outro, tratou dos mecanismos necessários para lhes garantir domínio de suas próprias vidas e espaço no cenário público. O reforço de suas liberdades expressivas é o principal dele.

Cumprе mencionar, ainda, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. O então Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, em documento elaborado pela UNESCO (2009), explica um pouco a respeito da referida norma:

Ela não estabelece novos direitos, mas reconhece e afirma direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas. A Declaração constitui um instrumento internacional importante de direitos humanos em relação a povos indígenas porque contribui para a conscientização sobre a opressão histórica impetrada contra os povos indígenas, além de promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e os demais segmentos da sociedade.

O documento enfatiza os direitos dos povos indígenas de manter e reforçar suas próprias instituições, culturas e tradições, além de prosseguir com seu desenvolvimento em sintonia com suas necessidades e aspirações. O documento registra o compromisso dos Estados para tomarem medidas a fim de ajudar e garantir que os povos indígenas tenham respeitados os seus anseios e decisões sobre os assuntos que lhes dizem respeito. Muitos dos direitos na Declaração requerem novas abordagens sobre problemas globais, tais como desenvolvimento, descentralização e democracia multicultural. Os países precisam adotar novas formas de interação com os povos indígenas, que requerem participação e consultas com os povos e organizações indígenas.

Apesar de não ter força vinculante (é considerada *soft law*), a Declaração é de muita importância para o desenvolvimento do tema, estabelecendo diretrizes para as políticas e legislações nacionais que dizem respeito aos povos indígenas.

Ela não foi internalizada pelo Brasil, contudo, em 2006, nosso País afirmou perante o Conselho de Direitos Humanos a sua concordância com o teor do documento, votando favoravelmente à sua aprovação, de forma que fica clara a influência que referida Declaração exerce (ou ao menos deveria exercer) na atuação dos três Poderes Estatais.

Apesar de todo esse suporte normativo, ainda há muito o que evoluir.

5 CONTEXTO ATUAL E MUDANÇAS NECESSÁRIAS

Como visto, o Brasil e o mundo vêm crescendo bastante em termos de defesa dos povos indígenas e contam com legislação moderna que tem essa finalidade. Todavia, não se observa uma aplicação satisfatória desta.

Exemplificando, em pesquisa em site da internet que colhe a jurisprudência de todos os Tribunais Brasileiros, restrita esta apenas aos federais, já que a eles incumbe a resolução da maioria das questões indígenas, foram encontradas

1209 decisões com a palavra-chave “índio” e apenas 8 que contêm as palavras “Convenção 169 OIT”. Dessas últimas, nem todas abordam especificamente questões indígenas e nenhuma delas é originária de Tribunais Superiores (VITORELLI, 2016).

Realizando busca na mesma plataforma com os termos “índio integrado”, é possível encontrar, inclusive, decisão recente do STJ (AGRESP 201300701250, DJE 01/06/2016), no qual o próprio Tribunal, remetendo a decisão anteriormente proferida, relata que possui entendimento no sentido de que:

[...] o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira.

Essa mesma categorização é a que ainda habita o ideário da maioria da população brasileira, no sentido de que índio só pode ser considerado como tal se usa apenas tangas como vestimenta, tem pinturas pelo corpo, não fala português e não tem acesso a tecnologias comuns, como telefone celular e relógio.

Refletem bem esse conflito entre a imagem que a sociedade espera que o índio seja e o que ele eventualmente pode ser, de fato, as esquetes do “Índio Obirajara” no programa de televisão “Tá no Ar”, transmitidas pela Rede Globo no ano de 2017. Dentre outras restrições, o indígena é proibido por seu Pajé de assistir televisão ou ir ao shopping.

Importante também mencionar que, no ano de 2016, foi expedido o Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial ONU sobre os direitos dos povos indígenas, resultado da visita da relatora Victoria Tauli-Corpuz, a qual avaliou as temáticas mais importantes relativas aos povos indígenas no país e o cumprimento das recomendações feitas em 2009 pelo anterior relator. A atuação do Poder Judiciário na temática indígena foi assim descrita no relatório da Assembleia Geral da ONU (2016):

A falta de acesso à justiça para os povos indígenas é um tema central. No Brasil, os povos indígenas enfrentam significativos obstáculos no acesso à justiça devido à falta de recursos, às barreiras culturais e linguísticas, ao racismo institucional e falta de conhecimento sobre suas culturas e seus direitos por parte do judiciário e autoridades. Essas barreiras se somam a ações e omissões do Estado com relação aos direitos de consulta e participação, ao uso de mecanismos que negam direitos tal como a suspensão de segurança pelo judiciário, e à falta de adequada consideração aos direitos territoriais indígenas [...]

Dentre as conclusões, foi colocado também pela Assembleia (2016) que:

[...] o Brasil possui uma série de disposições constitucionais exemplares em relação aos direitos dos povos indígenas, e que no passado foi líder mundial no que se refere à demarcação dos territórios indígenas. Entretanto, nos oito anos que se seguiram à visita de meu predecessor, há uma inquietante ausência de avanços para a implementação das recomendações do Relator Especial e na solução de antigas questões de vital importância para os povos indígenas. No atual contexto político as ameaças que os povos indígenas enfrentam podem ser exacerbadas e a proteção de longa data de seus direitos pode estar em risco.

Como se percebe, muito se avançou, mas ainda há muito a conquistar. Seguindo esse ideal o Código Civil, em 2015, alterou a menção “índios” por “indígenas” ao falar a respeito deles. Além disso, foi apresentado no ano 2016 no Senado Federal, simbolicamente na data comemorativa do “Dia do Índio” (19 de abril) e com a mesma numeração da importantíssima Convenção da OIT, o PL 169/16, que constituirá o “Estatuto dos Povos Indígenas”, em substituição ao defasado “Estatuto do Índio” de 1973.

Dentre outras inúmeras alterações, tal diploma propõe uma definição de tais povos no sentido de que seriam “as coletividades que se distinguem entre si e no conjunto da sociedade nacional em virtude de vínculos históricos, de ascendência ou culturais, com povos pré-colombianos”.

Ainda, de acordo com o PL 169/16, “comunidade indígena” seria a “parcela de um povo indígena que convive num mesmo local”, enquanto “índio” seria o “indivíduo que se considera vinculado a um povo ou comunidade indígena”. Assim sendo, não haveria mais distinção entre “tipos” de índios, integrados ou não, nem previsão de tutela.

O projeto ainda determina que o Judiciário forneça tradutores para os processos judiciais de que indígenas façam parte, permitindo-se, assim, que se façam esclarecer da melhor forma possível.

Por fim, destaca-se a previsão de obrigatoriedade de uso de perícia antropológica em processos criminais contra indígenas, previsão sem correspondente no atual Estatuto. Tal instrumento é muito importante no auxílio do Judiciário nas questões indígenas, inclusive em outras que não as criminais, pois proporciona a identificação de um grupo étnico enquanto tal. Tal é feito, segundo MAIA (2017):

[...] pela revelação de seus usos, costumes, tradições, modos de ser, viver, se expressar; pela documentação de sua memória e sua ação (reconstruindo sua trajetória de luta e de vida, de resistências e transformações, de deslocamentos e perdas, de insurgências e ressurgências); delimitação de seu território e de espaços de interação com o meio ambiente ou outras comunidades intraétnicas ou interétnicas (nisso indicando a finalidade prática da identificação da ocupação tradicional).

Note-se que a perícia antropológica é um instrumento muito importante não apenas na demarcação de terras indígenas, mas também para o próprio esclarecimento da condição indígena. Com isso, permite-se que o julgador tenha um substrato técnico no momento da prolação de suas decisões, evitando que estas sejam feitas de forma superficial, com base no senso comum (e ultrapassado) de quem seriam os povos indígenas.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluiu-se que a produção normativa relativa à questão indígena cresceu, não só quantitativamente, mas também em qualidade, principalmente no cenário internacional.

Percebeu-se uma clara tendência política internacional em tutelar os interesses desses povos, por meio de tratados e também por intermédio da fiscalização de organismos internacionais como a ONU, que monitora o progresso dos Países nesse tema.

Também se notou que apesar de todos os percalços passados por esses povos durante a existência de nosso País, há um esforço legislativo crescente para que sua população cresça e se fortaleça. A Constituição Federal e o paradigma multiculturalista que nela foi inserido é um nítido exemplo disso. Porém, apesar da valia inestimável que suas disposições proporcionaram aos indígenas, percebeu-se que ela deve irradiar os seus efeitos para a legislação infraconstitucional, com a efetiva revogação do Estatuto do Índio e aprovação, se não do PL 169/16 acima citado (“Estatuto dos Povos Indígenas”), de norma jurídica que acompanhe essa evolução.

Por fim, observou-se que a conscientização certamente tem que se estender à própria sociedade brasileira. Um País cuja população não conhece a realidade e as diferenças de seus povos não conseguirá compreender o regramento que se propõe modernizar e o preconceito seguirá existindo.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=comdocman&view=download&alias=644-vol14povos-indigenas-pdf&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 10 maio 2017.

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. (Global). Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/docs/relatorio-onu-povos-indigenas/relatorio-onu-2016_pt.pdf>. Acesso em: 14 maio 2017.

- EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. Direitos Indígenas: o debate na Constituinte de 1988. 2004. 76 p. Dissertação (Mestre em História Social)- Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=18757>. Acesso em: 10 maio 2017.

- DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 1998.

- DUPRAT, Deborah et al. (Org.). Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015. 199 p. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/convencao-n-169-da-oit-e-os-estados-e-banner-convencao-n-169-nacionais>>. Acesso em: 12 maio 2017.

- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI. (Brasil). Índios no Brasil: Quem são. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#>>. Acesso em: 09 maio 2017.

- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI. (Brasil). Serviço de Proteção aos Índios - SPI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi>>. Acesso em: 10 maio 2017.

- ÍNDIO Obirajara é proibido de ver TV. [s.i.], 2017. Son., color. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/5653749/>>. Acesso em: 11 maio 2017.

- KRETZMANN, Carolina Giordani. Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade. 2007. 150 f. Dissertação (Mestre em Direito)- Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067624.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

- KYMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Victor Viano. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996.

- MAIA, Luciano Mariz. Índio é terra. Terra é justiça. Justiça é paz.. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/noticias/indio-e-terra-terra-e-justica-justica-e-paz/at_download/file>. Acesso em: 11 maio 2017.

- MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropoloicanaafirmacaodosdireitosdosindios.pdf>. Acesso em: 14 maio 2017.

- MENESES, Paulo Gaspar de. Etnocentrismo e relativismo cultural. Revista Symposium, Recife, v. 3, p. 19-25 Dez-Dez/1999. Disponível em: <http://www.unicap.br/PePaulo/documentos/etnocentrismo.pdf>. p. 13-20. Acesso em 15 maio 2017.

- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC. (Brasil). Cadernos da TV Escola: Índios no Brasil. Brasília: MEC, 2001. 93 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001985.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

- RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 780 p.

- RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. A evolução histórico-legislativa da posse indígena. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2437, 4 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14445>>. Acesso em: 10 maio 2017.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v.3).

- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Apontamentos sobre o direito indigenista. Curitiba: Juruá, 2005.

- SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. (Brasil). Cadernos da TV Escola: Índios no Brasil 1. Brasília: MEC, 2001. 96 p. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/me001985.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.

- SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 169, de 19 de abr. de 2016. Estatuto do Índio. Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. Brasília, p. 1-80, abr. 2016. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=570307&disposition=inline>>. Acesso em: 14 maio 2017.

- TAYLOR, Charles. El Multiculturalismo y “La política del reconocimiento”. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

- VITORELLI, Edilson. Leis Especiais para concursos: Estatuto do Índio. 3ª. ed. [S.l.]: Juspodivm, 2016.

- UNESCO. (Brasil). Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2. ed. Rio de Janeiro: Unic; Unesco, 2009. 81 p. Disponível em: <http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

A CONCESSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS DE EFETIVIDADE DE ORDEM JUDICIAL E O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/2015

The granting of atypical measures of effectiveness of court order and the necessary dialog with the fundamental rules of the CPC/2015

Vinicius Silva Lemos

Advogado. Doutorando em Processo Civil pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar o art. 139, IV do CPC/2015, que trata sobre as medidas atípicas de efetividade da ordem judicial, analisando as suas possibilidades de utilização em processos de execução, seus requisitos e dimensão processual, com o intuito de propor uma sistematização do instituto diante de sua complexidade na prática processual, que traga eficácia e efetividade, contudo mediante um necessário diálogo com as normas fundamentais do novel ordenamento.

Palavras-Chave: Medidas Atípicas; Responsabilidade Patrimonial; Normas Fundamentais; Efetividade.

ABSTRACT: This article aims to analyze art. 139, IV of the CPC / 2015, which deals with the measures to execute the judicial order, analyzing their possibilities of use in execution processes, their requirements and procedural dimension, with the objective of proposing a systematization of the institute before its in procedural practice, which bring and effectiveness, plus a dialogue as the fundamental basis of the novel arrangement.

Key words: Atypical Measures; Asset Liability; Fundamental Standards; Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

A nova norma processual é uma realidade no cotidiano jurídico, seja na academia ou na prática forense, com a necessidade de estudo de suas mudanças, principalmente as mais impactantes neste dia a dia do labor judicial.

A efetividade da decisão judicial sempre foi ponto de necessária reflexão, seja por parte legislativa, como a busca de meios para garantir melhor amplitude de formas para tal garantia, bem como na prática forense, para alcançar que a ordem judicial seja cumprida de modo automático, como a segurança jurídica almeja.

O CPC/2015, ao dispor sobre os poderes do juiz, no art. 139, delimita, dentre outros, as medidas atípicas de efetividade, o que importa em meios indutivos, coercitivos, mandamentais ou sub-rogatórios amplos para que se consiga que a eficácia de tal ordem seja imediata.

A grande diferença no ordenamento, dentro desse dispositivo incluso no inciso IV do referido artigo, está na inserção das obrigações de cunho pecuniário, importando que toda execução de pagar quantia, seja de título judicial, via cumprimento de sentença ou, extrajudicial, via processo de execução, ganha um novo dispositivo para coerção, indução, mandamento ou sub-rogação do executado a cumprir a sua obrigação de pagar quantia.

O intuito deste trabalho, diante da análise de tal dispositivo, passa pela necessidade de visualização de tal concessão como meio acessório ao princípio da responsabilidade patrimonial e, nunca, como substituto a este, bem como a construção de um necessário diálogo do rito dessa concessão de tais medidas, com as normas fundamentais do CPC/2015.

2. A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA

A tutela jurisdicional executiva é diversa daquela do processo de conhecimento, com um viés totalmente diferente, uma vez que o direito, a princípio, está ali resolvido, demonstrando que o intento a ser almejado, via prestação estatal, não visa a resolução de conflito, mas a efetividade a um direito preexistente.²

² “A tutela jurisdicional executiva consiste na prática de atos jurisdicionais tendentes à realização material do direito atual ou potencialmente violado. Deste conceito depreende-se que a tutela jurisdicional executiva: (a) realiza-se não só com o intuito de ver restaurado um direito violado, como também para impedir a ocorrência de tal violação; (b) abrange não apenas o resultado da execução forçada (= realização material do direito do demandante), mas também os meios tendentes à sua obtenção.” MEDINA, José Miguel García. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p. 663.

Desse modo, em qualquer dos títulos executivos – judicial ou extrajudicial – o intuito é uma jurisdição executória, com a finalidade de que a obrigação, contida naquele direito posto representado pelo título, seja cumprida e, caso assim permaneça, que essa tutela tenha as medidas próprias e eficazes para garantir tal efetividade, com a restrição de direitos ao patrimônio para alcançar tal objetivo.

Dinamarco já conceituava o processo de execução com essa visão, de modo a ser totalmente diverso do processo de conhecimento e com adaptações necessárias para um trâmite mais adequado e propício à própria finalidade daquele “conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material”.³

Como há a conjunção do direito representado pelo título executivo e a inadimplência, com a obrigação ali constante em aberto, com o processo executivo, ao buscar o Judiciário, o exequente quer a tutela jurisdicional para a efetivação desse direito, com medidas próprias para tal desiderato. Com isso, a tutela, nessa prestação específica, deve almejar outros pontos, não a solução do conflito, mas a busca pela satisfação específica da obrigação ali existente, com a viabilidade da responsabilização patrimonial para tanto.

Ou seja, o executado, dada a inadimplência⁴ e a continuidade do não cumprimento da obrigação, responderá, nos moldes do art. 789, caso continue em inércia, com o conjunto de seu patrimônio para o adimplemento da obrigação de pagar quantia certa, com a existência de medidas expropriatórias pelo juízo, justamente no sentido de resguardar a efetividade da obrigação existente.

A responsabilidade patrimonial tem caráter processual, dada a sua efetividade somente mediante um processo jurisdicional executório, mediante um rito procedimental adequado e, ainda, com todas as possibilidades de adimplemento em prazo razoável, para, somente após, ser possível tomar medidas para restringir e atingir o patrimônio do executado.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 115.

⁴ A responsabilidade patrimonial não nasce do crédito ou do direito material, mas do inadimplemento: “Da relação que existe entre os figurantes da endonorma (credor e devedor) nasce o débito, ou seja, o dever prestar; e, da relação que se estabelece entre o Estado e o sujeito sobre cujo patrimônio recai a sanção jurídica, nasce a responsabilidade, ou seja, a sujeição dos bens ao atendimento coativo da prestação. O débito está relacionado com o precedente que define a conduta do devedor e o seu atendimento espontâneo; a responsabilidade, diferentemente, só ganha sentido e função com o inadimplemento do preceito e com a execução forçada da prestação.” ZAVASCKI, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 771 ao 796. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 2 / coord. MARINONI, Luiz Guilherme. 2016. p. 165

Com isso, a pedido do exequente, o juízo pode tomar um conjunto de medidas para que o executado sofra restrições em seu patrimônio, no intuito de garantir o cumprimento da obrigação, no viés persecutório da satisfação específica⁵, uma vez que a própria tutela jurisdicional executiva é meio de prestação de uma busca pelo desfecho único, com a devida efetividade da obrigação, com a integralidade da obrigação, outra inadimplente.

2.1 AS MEDIDAS TÍPICAS DE RESTRIÇÃO PATRIMONIAIS

Para a efetivação do direito constante no título executivo, o juízo, como já vimos, provocado pelo exequente, pode determinar medidas expropriatórias, com o intuito de alcançar o exato adimplemento da obrigação e, assim, satisfazer especificadamente o exequente.

Essas medidas expropriatórias foram aumentando com o tempo e a evolução do direito processual, com o intuito de proporcionar diferentes frentes para alcançar a devida satisfação específica e, ainda, conseguir adaptar-se à vida cotidiana, com os incrementos tecnológicos para tanto.

A maior das medidas expropriatórias é a penhora, a possibilidade de o juízo determinar a constrição de bens do executado, com a vinculação destes ao processo, com o intuito garantir a execução, para, em atos executórios posteriores, realizar-se a adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens. Com a realização da penhora, a propriedade do bem, apesar de continuar vinculada ao executado, de igual modo, está atrelada ao processo, restringindo direitos de propriedade, inclusive sem a possibilidade de alienação, o que geraria fraude à execução.

Mediante as inovações tecnológicas e a necessidade de se alcançar maior efetividade das medidas expropriatórias, variações sobre a própria penhora foram criadas, com a possibilidade de recair, mediante o art. 854, sobre ativos financeiros, a chamada comumente penhora on-line. Talvez essa positivação, realizada nas alterações processuais da década passada, tornou-se uma revolução no âmbito do cumprimento de sentença, principalmente e, também, do próprio

⁵ “Exato adimplemento: a execução, em razão da garantia de acesso qualificado à prestação jurisdicional, deve proporcionar um cenário onde o direito subjetivo do exequente não sido desrespeitado. Deve proporcionar o transporte do exequente ao status quo ante à violação ou ameaça de seu direito. Busca-se estabelecer o adimplemento da obrigação pelo executado, como se ela tivesse sido espontaneamente cumprida”. MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. Processo Civil. Volume Único. 8a. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016. p. 775.

processo de execução, com a possibilidade de alcançar os valores diretamente nas aplicações financeiros do executado, como conta corrente, poupança, valores aplicados, títulos de capitalização, dentre outros, com a necessidade somente da salvaguarda aos itens impenhoráveis.

O CPC/2015 foi além e delimitou ainda mais medidas expropriatórias típicas, com o incremento de positivações de meios para se alcançar a garantia do juízo, como a penhora de créditos; a penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas; a penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes; a penhora de percentual de faturamento de empresa; e a remodelação da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

O intuito de tal incremento é ampliar as medidas expropriatórias, com regulamentações claras sobre espécies possíveis de penhora, com a viabilidade por uma efetividade maior para a garantia da execução e, conseqüentemente, a satisfação específica da obrigação executiva.

2. 2 A INEFICÁCIA DOS MEIOS EXPROPRIATÓRIAS E AS MEDIDAS TÍPICAS ALTERNATIVAS

Esse conjunto de medidas expropriatórias típicas garantem uma ampla possibilidade para a busca pela garantia do juízo, com diferenças modos de restrições patrimoniais possíveis. No entanto, apesar do grande esforço legislativo, tanto na evolução do ordenamento até culminar no CPC/2015, a grande parte das execuções tem dificuldades de efetivação do direito, seja por não ter êxito nessas medidas, sem bens para penhora ou meios expropriatórios ou, pela má-fé de medidas para burlar, processualmente, o alcance desses atos processuais.

Desse modo, o processo de execução nem sempre consegue êxito na sua própria existência, seja pela previsibilidade dos atos a serem realizados, o que, de certo modo, se houver má-fé do executado, há como pensar em meios de burlar ou protelar essas medidas, tornando-as sem eficácia. Ou, ainda, há que entenda, como Câmara⁶, que existe uma superproteção processual ao devedor,

⁶ “é impossível determinar com exatidão todos os motivos que pelos quais a execução tem sido, historicamente, tão ineficiente. Uma razão há, porém, que não pode deixar de ser aqui registrada: a tendência à superproteção do devedor.” CÂMARA, Alexandre Freitas. Eficácia da execução e eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In Execução Civil e Temas Afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC. Coordenação Arruda Alvim. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

durante toda a processualista brasileira e, ainda, inclusive mantida no CPC/2015, com avanços tímidos na penhorabilidade de salários, por exemplo.⁷

De certa maneira, o processo executório é desenvolvido, como já vimos, mediante uma tendência pró exequente, justamente por ser o titular do direito ali existente e posto como incontroverso, seja por uma decisão transitada em julgado ou com a formalidade de um título extrajudicial, contudo há de se entender que a responsabilidade patrimonial deve ser conciliada com os limites do princípio da dignidade humana diante de um equilíbrio e razoabilidade, para que se consiga a satisfação efetiva e específica, sem violação dos fundamentos básicos de subsistência.

No entanto, diante da inefetividade de tais medidas de modo geral, o CPC/2015 positivou medidas alternativas, tipificando medidas de cunho indutivo e coercitivo, fora do âmbito da responsabilidade patrimonial, como meios alternativos⁸ para que o executado se sinta cada vez mais imbuído a realizar o cumprimento de suas obrigações, como o protesto do título judicial (art. 517), a inclusão no cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º), multas e outras medidas (art. 536, § 1º) e, especificadamente na execução de alimentos, a manutenção da prisão civil (art. 528, § 3º).

A intenção passa por criar meios para que o juízo possa restringir, além das medidas expropriatórias a vida financeira do executado, criando uma relação da obrigação em inadimplência com a dificuldade de novos créditos e, assim, fazer, de modo transversal, que o executado cumpra a execução.

Entretanto, será que essas medidas típicas de coerção e indução são capazes de mudar a realidade da efetividade da execução no Brasil? Evidentemente que só o tempo, mediante a própria aplicabilidade da norma e das medidas, demonstrará se haverá a efetividade de tais meios.⁹ Todavia, a grande novidade do CPC/2015, sobre os meios para a garantia da efetividade da atividade jurisdicional executiva está em outro dispositivo, o art. 139, IV, que será delineado a seguir.

⁷ “o CPC foi tímido ao temperar algumas impenhorabilidades há muito criticadas pela doutrina, como é o caso da impenhorabilidade dos salários, afastada, nos termos do art. 833, IV e seu §2º, apenas se os rendimentos do devedor forem superiores a 50 salários-mínimos mensais, valores que ultrapassam, em 2016, a cifra de R\$ 43 mil”. VITORELLI, Edilson; ZARONI, Bruno Marzullo. Reforma e Efetividade da Execução no Novo CPC. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55

⁸ “Uma delas decorre da percepção do legislador em se criar novos meios coercitivos para o ataque ao crédito do devedor de modo a conduzi-lo ao adimplemento das dívidas anteriores.” NUNES, Dierle. Novo CPC, o SerasaJud e meios coercitivos de execução. <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/09/novo-cpc-o-serasajud-e-meios-coercitivos-de-execucao/>

⁹ Historicamente, a medida coercitiva da prisão civil é eficaz para promover a responsabilidade patrimonial e o adimplemento, até pela gravidade da medida.

3. O ART. 139, IV E A NOVA CONCEPÇÃO DE EFETIVIDADE DA ORDEM JUDICIAL

O CPC/2015 trouxe uma amplitude maior para a efetividade da ordem judicial, com a inserção de medidas atípicas de efetividade. Se por um lado não se pode falar de inovação total sobre a existência de medidas atípicas de efetividade da decisão judicial, no CPC/73 já eram existentes no art. 461 revogado e no poder geral de cautela, por outro lado, a mudança é notória pela aplicabilidade em todas as formas de obrigações, inclusive nas pecuniárias, conforme disposto na parte final do inciso IV do art. 139, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Essa parte atinente a aplicabilidade nas obrigações pecuniárias, talvez, seja a mais revolucionária diante da tutela executiva no processo civil brasileiro, uma vez que molda toda uma liberdade de requerimento para as partes, adequando ao caso em concreto, mediante a existência da execução e a continuidade do inadimplemento intercorrente, o malgrado e ineficiência na persecução executória, permitindo, então, a possibilidade de que haja uma série de requerimentos, como mencionado, para garantir, via medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogoratórias, para alcançar a efetividade da obrigação pecuniária.

Se o art. 536, §1º, sem exaurir as medidas, dispõe sobre diversos meios que podem auxiliar na efetividade da ordem judicial, como “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”, somente o faz para corroborar e contribuir para a efetividade das obrigações de fazer ou não fazer, geralmente advindas de uma ordem judicial provisória – ou na sentença. A inovação do art. 139, IV vai além, ultrapassa as obrigações de fazer ou não fazer e, chega até as pecuniárias, com uma visão original de, nessa seara, possibilitar a busca pela atipicidade, com outras medidas, inclusive, dentre elas, novas multas, restrições, apreensões, suspensões, etc. para coagir, induzir, sub-rogar ou mandar que o executado cumpra com a satisfação específica.

De certa maneira, o art. 536, §1º serve de bússola para essa novidade de atipicidade, como um norte para o art. 139, IV e seus limites¹⁰, uma interligação

¹⁰ “não resta claro em que ocasião e sob quais condições poderá o juiz empregar tal dispositivo, já que o legislador previu preferencialmente o sistema de tipicidade das formas executivas nas execuções pecuniárias” VITORELLI, Edilson; ZARONI, Bruno Marzullo. Reforma e Efetividade da Execução no Novo CPC. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 67

geral sobre as medidas, como a possibilidade de utilizar todas essas, mas não somente tais, havendo, portanto, uma infinidade de medidas que possam ser utilizadas.

Essa relação é bussolar, mas não limitadora, uma vez que o art. 139, IV é muito mais ampla, para qualquer obrigação, para qualquer momento processual. O que nos leva a indagar quais são os limites para sua devida utilização.

E, justamente, esse limite para tal utilização é o que o ordenamento não propôs, gera, de certo modo, mais dúvida do que certezas na aplicabilidade do dispositivo, uma vez que a lei determina, de maneira tão aberta, uma efetividade judicial, o que culmina na necessidade de sistematizar tal utilização dessa regra com vários outros dispositivos legais e, ainda, com direitos fundamentais, com a dignidade humana, com a visão de que evoluímos muito para uma execução com viés patrimonial, conquistas que não podem ser relativizadas, tampouco deixadas de lado.

Desse modo, muito mais do que parcimônia, o que é, desde já, necessária, é pertinente que os limites sejam estabelecidos mediante duas diretrizes, para conceber o equilíbrio entre a qualidade da novel norma com a sua devida efetividade sem tolher direitos do executado, tão caros à própria sociedade.

As duas diretrizes imaginadas por esse estudo são: *a visualização de tal dispositivo como um incremento a responsabilidade patrimonial; e o diálogo de tais medidas com as normas fundamentais do CPC/2015.*

Obviamente que outras visões limitadoras da utilização do art. 139, IV são pertinentes, sem a visão de que essas duas são exaurientes, mas defendemos que seja sempre necessária.

3.1 A NECESSIDADE DE VISUALIZAÇÃO DA ATIPICIDADE COMO INCREMENTO PARA A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O processo de execução – qualquer deles, de acordo com o art. 789, o impacto de que o o devedor responde com todo o seu patrimônio para a garantir da execução, recaindo, portanto, em todos seus bens presentes e futuros para que seja possível o cumprimento das suas obrigações perante o exequente.

Essa responsabilidade é visualizável com dois vieses, pela limitação de que a prestação jurisdicional não pode alcançar meios que sejam pessoais, mediante a não incutir em coerção restritiva de liberdade ou danos físicos à pessoa do executado. Somente o patrimônio será alcançado pela jurisdição executiva, como medidas, como já vimos, para expropriar tudo quanto for possível para correlacionar com a execução e seu *quantum debeatur*.

Nesse ínterim, a pessoa do executado deve sofrer patrimonialmente, mas sobre sua própria pessoa, dignidade ou integridade física. Tudo isso deve ser respeitado. As medidas expropriatórias não podem conter métodos de constrição pessoal.

O outro ponto limítrofe da responsabilidade patrimonial está na impossibilidade de alcançar bens de terceiros, mesmo que estejam em poder do executado, com a visualização de que somente este deve sofrer com os seus bens, não terceiros que detêm relações com ele. A responsabilidade patrimonial alcança os seus bens ou, por mais que alcance bens em comunhão com terceiros, estes devem ser salvaguardados em seus quinhões e com a possibilidade de manifestar-se no processo.

O art. 790 delimita as hipóteses, excepcionalmente, em que terceiros responderão ou serão impactados pela execução, com a preocupação em delinear as situações possíveis e a necessidade de intimação de cada qual para a sua intervenção na execução.

Mesmo diante dessas visões limítrofes da responsabilidade patrimonial, como cominar essa com a existência do art. 139, IV? São interseccionais ou antagônicas? Num relance inicial, pode-se entender que a possibilidade de medidas atípicas seria uma tergiversação ao princípio da responsabilidade patrimonial, com outros meios pelos quais o juízo pode incutir o executado de cumprir a execução.

No entanto, há uma intersecção, uma junção, as medidas atípicas servem para corroborar com o princípio da responsabilidade patrimonial, como uma busca alternativa para a efetividade e, esta, somente ocorre quando houver a satisfação específica, o que leva a existência do art. 139, IV, somente ser possível para que o desfecho único da execução ocorra, com o exato adimplemento.

As medidas atípicas não proporcionarão o exato inadimplemento, mas, como o próprio dispositivo conjuga, farão a coerção, indução, mandamento ou sub-rogação, para que o executado cumpra a execução, com o devido adimplemento. É, diante dessa visão, um reforço ao princípio da responsabilidade patrimonial.¹¹

¹¹ Ainda no ordenamento anterior, Assis já delineava que a responsabilidade patrimonial era a relação de medidas expropriatórias nos bens do devedor para a transformação em dinheiro, sem a possibilidade de culminar em outras obrigações, ou seja, sem a visão de que o juízo possa determinar que o executado realize algum ato para satisfazer a execução: “De fato, o princípio da responsabilidade patrimonial sublinha a sujeição dos bens do devedor à excussão para obter uma soma de dinheiro. Não regula, por natural decorrência, a realização de outras obrigações, quando, por vezes, a prestação do devedor importa antes um determinado comportamento.” ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 15a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

4. O DIÁLOGO DAS MEDIDAS ATÍPICAS COM AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/2015

A visão de um poder geral de efetividade garantido pelo art. 139, IV garante ao juízo, como já vimos, a possibilidade de superdimensionar¹² as ordens judiciais com o intuito de garantir a efetividade do cumprimento e eficácia do que for por ele decidido, inclusive para obrigações pecuniárias.

Com a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias para garantir que a decisão seja realmente cumprida abre-se um leque de possibilidade para o juízo e de certa maneira, para o próprio processo civil. Há, em andamento, uma nova ótica de efetividade da decisão judicial, mediante a concessão de um poder de realizar-se medidas que não estão positivadas de modo tipificado no ordenamento.

Dessa maneira, mediante o devido requerimento do exequente, há a possibilidade do juízo em deferir e determinar medidas atípicas, trazidas para aquele caso em específico, sem ater-se às possibilidades determinadas no direito positivado. O intuito da inserção dessa atipicidade passa pela necessidade de concessão real dessa efetividade e, de certo modo, redirecionar o tema cumprimento efetivo e respeito às decisões judiciais, com um maior alcance prático das medidas e sua eficácia plena.

No entanto, há limites para tais pontos de atipicidade, os quais devem sempre ser utilizados com a devida conjunção aos preceitos fundamentais e ditames constitucionais, bem como os princípios basilares do próprio ordenamento processual.

Ainda há outro ponto a ser considerado, a atipicidade proposta por tal dispositivo legal, ainda que enseje uma ampla abertura para medidas que outrora não eram imagináveis pelo Judiciário e pela doutrina, deve dialogar com o devido processo legal e todos os demais que ali estão insertos, justamente para conceder a conjunção entre a efetividade almejada e a própria legalidade do ato dispendido para a busca de tal efetividade.

¹² “A partir do Novo Código de Processo Civil, diante do que preconiza no art. 139, inc. IV, pode-se sustentar que a atipicidade das técnicas voltadas à efetivação da tutela jurisdicional pecuniária, quer se trate de tutela específica, quer se trate de tutela equivalente. (...) Extraí-se do dispositivo que o juiz poderá se valer de mecanismos indutivos e sub-rogoratórios para a efetivação de tutela jurisdicional pecuniária, superando-se, com o novo código, a ideia de tipicidade da técnica de execução por sub-rogação para a efetivação de tutela que tenha dinheiro como objeto.” SILVA, Ricardo Alexandre da. A efetivação das obrigações de pagar quantia. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 565.

E, não somente dialogar, deve ser visto como um meio possível de alcançar a efetividade, contudo diante de uma possibilidade processual responsável, mediante a delimitação de sua real necessidade, com o convencimento de que outras medidas, anteriores ou conjuntas, não são bastante para tanto, concedendo-lhe, a certa feita, um ar de excepcionalidade.¹³

Ainda que se entenda que o processo de execução – de título extra ou judicial – tenha uma teoria geral diversa, com um devido processo legal próprio, com o intuito de alcançar a satisfação específica e, com isso, culminando numa procedimentalidade pró exequente, há de imaginar que a existência de medidas atípicas de efetividade, numa ampliação dos poderes do juízo¹⁴, deve realizar-se com um pertinente diálogo e total simetria com as normas fundamentais da nova codificação, justamente para a concessão de legitimidade de tais medidas.

Ao mesmo tempo que a inserção de medidas atípicas, no ordenamento processual, podem revolucionar a efetividade da decisão judicial, talvez proporcionando uma nova realidade de cumprimento destas, há de se entender que a atipicidade não pode representar uma ausência de limites para tais medidas, tampouco imaginar que estas devem priorizar tão somente a efetividade a todo

¹³ Minami coloca as medidas atípicas além, como um ar ainda maior de exceção: “As medidas de efetivação precisam ser vistas como exceção. As decisões devem ser obedecidas como regra e o emprego da força estatal contra os teimosos ou de mecanismos que os obriguem a cumprir seus débitos será apenas a exceção. Elas não podem ser a primeira saída para se garantir a tutela específica, a não ser quando a lei assim determinar ou a peculiaridade do caso concreto exigir.” MINAMI, M. Y. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 323.

¹⁴ Gajardoni vai além e coloca como o juiz como o protagonista de tal efetivação. No tocante ao atinente às obrigações pecuniárias, esse protagonismo é restrito somente após o requerimento do exequente quanto a medida e, ainda, a viabilidade de tal feito: “Sejam de que natureza for (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas), é necessário que as decisões jurisdicionais (inclusive as arbitrais), provisórias ou finais, sejam cumpridas, isto é, efetivadas. Efetivação essa que, quando depender de comportamento de uma das partes, deve se dar sem embaraços, isto é, sem o emprego de expedientes que retardem ou dificultem o cumprimento da decisão (art. 77, IV, do CPC/2015). A parte não conta com ninguém mais, a não ser o magistrado, para fazer a decisão judicial valer. Que os juízes se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito (vide art. 297 do CPC/2015).” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

custo, uma vez que estas devem ser tidas como meio atípicos de induzir à responsabilidade patrimonial¹⁵ e ao adimplemento da obrigação, como já vimos.

Diante desse panorama, a legitimidade das medidas atípicas, desde sua concessão até a sua total validade, passa pelo diálogo necessário com as normas fundamentais do CPC/2015, como veremos a seguir, determinando que para tal desiderato, deve guardar-se uma relação com a boa-fé processual e a cooperação; a primazia ao julgamento de mérito (aqui visto como primazia da efetividade), com o contraditório influenciante (quando for possível), a necessidade da fundamentação analítica adequada.

4.1 A RELAÇÃO COM A BOA-FÉ E COOPERAÇÃO PROCESSUAL COM AS MEDIDAS ATÍPICAS

O processo, na esfera civil, sempre foi pensado como um litígio, na forma mais belicosa da palavra, uma parte contra a outra, com o juízo no meio, com um protagonismo processual para, após toda a beligerância, aplicar o direito, concedendo, como um nobre concede ao vassalo, a razão de mérito àquela parte.

Essa visão processual é extirpada no CPC/2015, com a busca da cooperação processual, estimulada pela redação do art. 6º, quando estipula que os sujeitos do processo, partes e juiz, devem cooperar entre si em busca de uma decisão de mérito mais justa, mais célere e efetiva. Na execução teríamos não a busca pela decisão de mérito mais justa, mas pela atividade satisfativa, pelo desfecho único, com a efetividade do direito anteriormente definido via título executivo. Não há uma novidade imensa nesse princípio, somente uma tendência a demonstrar que o processo tem um compartilhamento de atos cooperativos, com as partes ajudando tanto quanto o juízo para a condução e resultado processual.

A cooperatividade para a concessão da medida atípica envolve todos os atores processuais, seja o exequente que tem deveres cooperativos quando

¹⁵ Medina tem visão diversa sobre o art. 139, IV dispondo que não teria o cumprimento na execução fundada em título extrajudicial, por não ser oriunda de uma obrigação ou ordem judicial originária, ou seja, uma decisão ou uma sentença, mas de um título. Discordamos nesse ponto, pelo fato de que o a jurisdição executiva, mesmo mediante um título extrajudicial, concede ao juízo o poder de ordenar medidas, desde “cite-se para pagamento em 3 dias” até as penhoras e outras medidas: “Como o Código estabelece um método típico para o cumprimento das decisões judiciais, nota-se que, com o inc. IV do art. 139 do CPC/2015, tal sistema é temperado pelo sistema atípico. Note-se que a regra se refere ao “cumprimento de ordem judicial”, o que restringe seu âmbito de incidência. Não incide a disposição, a nosso ver, em se tratando de execução fundada em título extrajudicial.” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p.148.

realizar tal pleito, o juízo de igual modo quando for realizar a análise judicial, principalmente se for pelo deferimento da medida e, conseqüentemente, o executado também terá o dever de cooperação e boa-fé.¹⁶

O exequente ao optar pelo pedido de utilização do art. 139, IV não pode fazê-lo em modo genérico, ou seja, sem a especificação de qual medida entende como cabível ao caso. Há um dever de cooperação do exequente para que exponha ao juízo, quais os pontos em que a indução ou a coerção sejam passíveis de êxito.

Afinal, a concessão da medida atípica deve ser atrelada a um ato ou fato que imponha uma restrição à vida ou atividade do executado, de maneira tal que leve a optar pelo adimplemento, cumprindo, assim, a responsabilidade patrimonial almejada para a satisfação específica.

Um pleito de utilização do art. 139, IV, sem a devida especificação do que se pretende como meio atípico é inócuo, sem cooperar com o processo e, tampouco com o cumprimento do mister do próprio exequente para com o processo e com o próprio pleito.

Dessa maneira, se a atividade judicial ganha mais responsabilidade e impacto com a possibilidade das medidas atípicas, incluindo a defesa do diálogo da concessão destas com os princípios do novo ordenamento processual, como uma fundamentação mais analítica, contraditório e primazia ao adimplemento, como veremos posteriormente, as argumentações do exequente em tal pedido devem ser específicas e pormenorizadas, justamente para cobrar-se, posteriormente, uma fundamentação judicial.

Se o juízo deverá ter o dever de relatar os atos anteriores não exitosos, de igual maneira o exequente deve fundamentar a concessão da medida atípica nesse mesmo ponto, desincumbindo-se de tal desiderato, permeando sua atuação de modo cooperativo.

Após o pleito do exequente, com as necessidades acima dispostas, o juízo deve analisar¹⁷ o deferimento e viabilidade de tal medida atípica.

¹⁶ “Os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé. A boa-fé, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (ou “boa-fé objetiva”).” DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 50. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

¹⁷ Didier Jr., de modo geral, ao dispor sobre o princípio da cooperação, explicita que a atividade das partes é diversa da judicial, evidentemente, mas, cada qual com a sua função, há cooperatividade e interligação. Trazendo para a concessão das medidas atípicas, a decisão judicial é fruto da cooperação do exequente para a própria viabilidade da medida: “No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual

Nesse momento é importante a visualização da relação entre o momento em que se encontra o processo, o grau de complicação do mesmo, bem como as atitudes pretéritas do executado, com a visualização de não haver o intuito deste em adimplir ou alguma plausibilidade em alegações defensivas, outrora existentes.

Diante de tal análise, as atitudes de boa fé e da cooperação do juízo estão presentes em três pontos de diálogos, para tal concessão: *com o princípio da primazia de mérito (aqui travestido de satisfação); da fundamentação analítica da decisão concessiva; e da essencialidade de um contraditório preventivo à medida concedida.*

A primeira visão cooperativa do juízo¹⁸ passa pela visão de que os atos processuais devem imbuir-se de uma finalidade conjunta, o que, na cognição, seria a primazia ao julgamento de mérito e, na execução, a prioridade é a atuação processual em busca da satisfação, ou seja, com finalidade de conseguir o almejado desfecho único da execução. Qualquer ato processual deve ser interpretado com um viés de sanabilidade e aproveitamento para possibilitar a sua finalidade precípua, tal qual imaginado no art. 4o do CPC/2015.

Num momento posterior, o juízo deve, ao decidir pela concessão da medida atípica, realizar, necessariamente, a interligação, via uma fundamentação adequada, da essencialidade de tal concessão para a execução, bem como a própria possibilidade de êxito de tal, com a viabilidade de sua realização. Não há como entender que o juízo simplesmente possa deferir qualquer medida atípica, sem a devida fundamentação sobre o histórico da execução e a chance de êxito da atipicidade naquele momento processual, pontos que defenderemos com mais detalhamento em subcapítulo próprio.

em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. ” DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 5o. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

¹⁸ O princípio da cooperação atinge de sobremaneira a própria atividade judicial, com uma série de deveres que outrora não existiam, impondo a necessidade de revisão da própria conduta judicante na estruturação procedimental: “O princípio da colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. ” MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 102

Depois, com a concessão de medida em decisão interlocutória própria a tal ato, o juízo deve conceder o contraditório, com o devido prazo para que o executado possa adimplir o seu débito ou realizar a sua obrigação. Sem o contraditório e a possibilidade de prazo para o adimplemento anterior à medida ser concretizada, esta seria simplesmente para sancioná-lo, sem cumprir a sua própria função, sem a visão indutiva ou coercitiva preconizada no CPC/2015.

Se a decisão determinante da medida atípica for para cumprimento imediato¹⁹, a indução ou a coerção serão em nível máximo, sem possibilitar a sua efetividade. O intuito da concessão deve ser o adimplemento e não a simples coerção e indução imediata.

O juízo está em uma posição central no processo, contudo não há um protagonismo inquisitorial, ainda mais diante da boa-fé e da inserção do princípio da cooperação, com a visão de que a condução processual deve ser pelo prisma da orientação para o melhor aproveitamento processual. Se o protagonismo deve ser compartilhado, num viés cooperativo, o juízo deve almejar, mediante as possibilidades abertas pelo art. 139, IV, uma visão ampla de que a decisão judicial e o direito já definido pelo título executivo devem ser efetivados, porém, com as ressalvas de que as medidas devem conter uma viabilidade material e um prognóstico democrático processualmente. Não há como se ter diversas medidas, por vezes, com inúmeras ao mesmo tempo, sem a devida fundamentação ou contraditório.

Se ocorrer tal feita, essa visão é totalmente antiooperativa e incentiva, de modo bruto, a manutenção do litígio e do não adimplemento pelo executado.

Por outro lado, o executado também tem o dever da cooperação mediante esta medida. Obviamente é uma cooperação bem mais tímida, mediante a situação processual em que se encontra na execução. O prisma dessa cooperatividade pelo executado está na visão de que, se entendermos que será concedido um prazo para o adimplemento, para, somente após, haja a concretização da medida atípica, este deve cumprir a obrigação/pagamento ou, ainda, manifestar-se nesse prazo sobre a inutilidade de tal medida ou sobre outros meios e sobre a sua própria relação com aquele título, demonstrando a boa-fé em adimpli-lo ou não.

Evidentemente que se houver o deferimento de prazo para o adimplemento, sob pena de tal medida atípica, um eventual silêncio do executado já seria uma medida antiooperativa, ensejando a concretização da medida atípica.

¹⁹ Evidentemente que há possibilidade, em caso em concreto, de uma concessão de medida atípica de modo unilateral, sem o devido contraditório e com a urgência que a situação fática desenvolver. No entanto, deve ser fundamentada, adequadamente, tal necessidade.

Desse modo, todos os atores processuais são importantes para esse novo pensamento principiológico de ênfase à boa-fé e a cooperação²⁰, com a necessidade de cada ator cumprir a sua parte no processo, mesmo com o resguardo de seu interesse, que, evidentemente, continuam a ser diferentes, por vezes, antagônicos, entretanto, devem agir, mediante os seus pleitos, em seus momentos processuais, com o intuito de uma melhor atuação para si e para o processo, sem mecanismos que não tragam efetividade ao transcurso da demanda, no caso, da própria execução.

4.2 A RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DE MÉRITO OU DA EFETIVIDADE DA ATIVIDADE SATISFATIVA

O processo, de modo geral, tem a finalidade para proporcionar a resolução dos conflitos, com a pacificação material da questão, julgando o proposto em juízo e culminando na definição da cognição. Já na fase executória, a finalidade se altera para o intuito de proporcionar a efetividade do direito resolvido – seja pelo título extra ou judicial – e a garantia da satisfação específica daquela obrigação existente no título.

O cerne da existência processual passa pela proporção pelo juízo de uma jurisdição que culmine nesses fins: resolução do mérito na cognição e satisfação específica na execução.²¹ Se a prioridade de um processo é a concessão do direito que o autor almeja, seja num viés cognitivo ou executivo, a formalidade não deve prevalecer sobre o intuito primordial da própria existência processual.

Nesse íterim, o art. 4º delimita a solução de mérito e a efetividade da atividade satisfativa como o principal motivo de existência do processo e um direito atinente às partes e, com isso, há uma evidente sobressalência, na execução, da efetividade do direito resolvido, do que a preocupação com o formalismo do processo.

²⁰ “O princípio da cooperação é relativamente jovem no direito processual. Cooperação é agir de boa-fé. Embora nem todas as condutas de boa-fé sejam essencialmente cooperativas. O dever de cooperar existe no interesse de todos, pois todos pretendem que o processo seja solucionado em tempo razoável. A ideia da cooperação, às vezes, atinge não só as partes, mas à própria sociedade, que se faz presente, por meio dos *amicus curiae* ou mesmo grupos que participam das audiências públicas.” 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. 62.

²¹ “Realmente concretizado estará sendo o princípio se a razoável duração do processo levar em conta não só o tempo até a sentença, mas a duração integral do caminho a ser percorrido pelo autor até que se obtenha integralmente a satisfação de seu direito.” 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. 61.22

É, simbolicamente, uma mudança excepcional de paradigma.²² A tendência é evitar o excesso de formalismos processuais para almejar sempre que possível a sanabilidade dos atos para realizar-se a efetividade do direito material e da própria decisão judicial.

Entre o rigor processual e a tergiversação dos procedimentos, há a necessidade de satisfazer a sociedade, utilizar o processo como meio social para a resolução de conflito e da efetividade do direito existente, sem imaginar o processo como um protagonista de si mesmo. De nada adianta o processo pelo próprio processo, se este não for solucionado em seu mérito ou, na execução, alcançada a satisfação específica da obrigação.²³

Um processo somente existe para a concretização do direito material. A lembrança dessa realidade é importante para primar-se por julgar o mérito, com o dever de possibilitar a emenda e a correção dos atos para instrumentalizar ao máximo o processamento dos autos.

Diante desse ponto, o juízo, durante a execução, deve inclinar-se para atender a satisfação específica, o que, no tocante, a concessão de medidas atípicas de efetividade, está na possibilidade ampla de imaginar outros caminhos, além daqueles tipificados – expropriatórios ou não – para a garantir que o exequente alcance o desfecho único da execução. A própria existência dessa abertura pelo art. 139, IV, com a amplitude concedida ao exequente em pleitear e ao juízo em conceder medidas que nem se pode enumerar, já é uma manifestação do princípio da primazia de mérito ou da atividade satisfativa.

²² “Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução de mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis, aí, portanto, o princípio da primazia da resolução do mérito. ” CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI nº 21 nov/2015. p. 16.

²³ Entendo que o princípio, consagrado por Didier Jr. como primazia ao julgamento de mérito, quando for para um processo de execução, qualquer deles, será transmutado para princípio da efetividade, nesse caso, da satisfação específica almejada em tal processo. Cunha delimita, de maneira sucinta, tal conceituação do mesmo art. 4º em sua função executória: “Princípio da efetividade. O texto normativo contido no art. 4º também reforça a aplicação do princípio da efetividade, ao afirmar que as partes têm direito à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Não basta que se profira uma sentença de mérito. É preciso que o direito, além de reconhecido, seja satisfeito, efetivado, cumprido. É preciso, enfim, que haja a efetiva entrega da prestação jurisdicional, com a implementação das medidas adequadas à plena satisfação do direito reconhecido. ” CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 4º. STRECK, Lenio. Comentários ao código de Processo Civil, 11ª edição. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

E, ainda, todas as medidas possíveis na execução, para que se efetive o direito oriundo do título executivo, devem ser consideradas, justamente para que a prestação jurisdicional seja condizente com o devido alcance da satisfação específica. O exequente, nesse ponto, tem uma ampla possibilidade de pedidos e, estes, não são exaurientes, enquanto a satisfação não for cumprida, podem existir novos pedidos.

Ou seja, pode-se pleitear as medidas típicas e, com a devida concessão e posterior ineficácia destas optar-se por medidas atípicas e, ainda, estas podem ser reiteradas ou ampliadas, no caso de permanência em inadimplemento ou descumprimento, imaginando a prioridade à própria atividade satisfativa.

Por outro lado, na visão do juízo, a primazia é visível na própria viabilidade de concessão das medidas, até mesmo, caso o exequente não esclareça a viabilidade da concessão ou não tenha a determinação específica de qual seria a melhor medida, que a parte seja sempre instada a proceder a sanabilidade da questão, o detalhamento de tais atos e sua relação indutiva ou coercitiva ao executado.

E, ainda, a primazia da efetividade é tão grande que a própria existência do art. 139, IV e a sua ampla possibilidade, acaba por quase que inutilizar a fase da suspensão da execução quando não se alcança bens passíveis de constrição, uma vez que a possibilidade de outras medidas acaba por abarcar toda essa situação de maneira pró exequente, o que seria, de certo modo, uma manifestação do princípio da primazia à atividade satisfativa.

O juízo, quando a parte pleitear a suspensão, pode, em dever de prevenção, abrir ao exequente a possibilidade de concessão de medidas atípicas de efetividade? Essa é uma dúvida pertinente, o que optamos por entender que sim, dada a própria função cooperativa do juízo e, ainda, almejando a primazia da efetividade para garantir a satisfação específica.

De todo modo, o CPC/2015 combate o excesso de barreiras formais impostas pela norma par se alcançar a atividade satisfativa, no caso da execução. Uma nova realidade processual de prioridade, a qual, na execução, o art. 139, IV, tem primordial importância em tal mudança paradigmática.

4.3 A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO PARA A CONCESSÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS

O processo de execução tem, por característica, uma procedimentalidade com um panorama diverso daquele normal no processo de cognição, uma vez

que há a certeza do crédito, oriunda da existência de um título executivo, com o intuito processual de efetivar o direito ali reivindicado, almejando a satisfação específica para o credor.

Não há, portanto, uma igualdade processual entre as partes, pelo fato de que o processo existe para a busca da efetividade do direito de uma delas, o que difere totalmente de um devido processo legal existente na cognição. Para a real efetividade do direito, mediante a busca pela responsabilização patrimonial, existem, como já vimos, as medidas típicas de expropriação, com o intuito de constrição do patrimônio do executado, caso não cumpra o desiderato no prazo que lhe foi indicado: 3 dias na execução de título extrajudicial e 15 dias para o cumprimento de sentença.

Evidentemente que a existência de atos expropriatórios, com o intuito constrição do executado em seu patrimônio, perfaz uma necessidade de que estes não sejam realizadas mediante um prévio contraditório, justamente para que o executado não utilize de meios espúrios e preventivos para não ser atingido pelos referidos atos, o que leva, de certo modo, ao contraditório, apesar de existente no processo de execução como um todo, deve ser restringido para garantir a própria efetividade do título, do direito ali representado e, primordialmente, a satisfação específica.

Por exemplo, não há como imaginar que mediante um requerimento de penhora de um bem – móvel²⁴ ou imóvel – deva se possibilitar a manifestação do executado, uma vez que já deteve o direito de cumprimento do título, ainda dentro da execução, quando foi citado ou intimado para o pagamento.

Desse modo, para as medidas típicas expropriatórias, o contraditório deve ser tergiversado para que a própria finalidade do ato seja resguardada. Porém, nasce a dúvida: para as medidas atípicas, preconizadas pelo art. 139, IV deve ser respeitado o contraditório? Esse é um dos principais pontos para o alcance da própria legitimidade da medida, a visão do diálogo (ou sua ausência) com o princípio do contraditório, principalmente nos moldes idealizados pelo art. 9º e 10º.²⁵

²⁴ O mesmo pode-se utilizar sobre a bloqueio de ativos financeiros, a penhora on-line. Esta não pode ser antecedida de um prévio contraditório, uma vez que descaracterizaria o próprio intuito do ato construtivo, esvaziando a sua própria eficácia.

²⁵ “Vê-se que, como uma das consequências do princípio, o órgão jurisdicional não pode proferir decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se ex officio, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p. 30.

A análise da necessidade do contraditório e, consequentemente, da manifestação do executado sobre a concessão das medidas atípicas depende de dois prismas: *momento a ser requerida a medida e a espécie de medida pleiteada*.

Há a possibilidade de se pleitear as medidas atípicas de maneira conjunta às outras já tipificadas? Esse ponto remete-se à primeira hipótese do momento. Se a resposta for positiva, ou seja, com a cumulação entre medida típica com outra atípica (uma penhora com uma restrição à utilização da área comum de condomínio, por exemplo), pela existência da primeira, como já salientamos, não haveria a possibilidade de um contraditório, trazendo, assim, a impossibilidade da prévia intimação para manifestação do executado, mas, oportuno pontuar que o pleito cumulado que realizaria tal impossibilidade, não a própria medida atípica concedida.

De outro modo, seja pela impossibilidade de cumulação²⁶ ou pelo pedido ser sucessivo à ineficácia da tentativa de medidas típicas, se o pleito for somente pelas medidas atípicas, de maneira isolada, há a necessidade da concessão de prazo para o cumprimento da obrigação, tornando, dessa maneira, a medida a ser concedida, como realmente de coerção ou indução, no intuito de cientificar o executado de que terá determinado prazo para o devido adimplemento da obrigação/dívida, sob pena da medida concedida, ser efetivada, com o transcurso do prazo e a inércia do executado.

O correto é, ao conceder medida atípica, como no caso da suspensão do CPF, determinar a intimação do executado para realizar o pagamento, num determinado prazo, com a advertência de que o não cumprimento ensejaria a eficácia da medida, o que, no exemplo acima, seria a suspensão do CPF.

Com a devida concessão de prazo para o adimplemento pelo executado, postergando a eficácia da medida atípica para o caso de inércia deste, resolve o devido fim da existência de uma atipicidade no ordenamento processual, uma vez que o intuito deve ser que essas medidas sirvam de indução ou coerção para que haja o adimplemento, não para que haja a lesão ao executado, imediatamente.

²⁶ Esse não é o cerne desta pesquisa, uma vez que não é aqui tratado, contudo, versando sobre a questão de modo passageiro, entendo que não há impossibilidade de cumulação, deste que esta seja excepcional, em hipóteses extremas. O normal seria o esgotamento das medidas típicas, para, somente após, a utilização das medidas atípicas. Mas, ainda assim, o enunciado versa sobre a necessidade de contraditório, como defendemos: Enunciado no. 12 do FPPC: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II”.

A medida atípica deve ser visualizada como acessória à responsabilidade patrimonial, como já vimos, como um mecanismo existente para lhe conceder realidade e efetividade, nunca para substituí-la. Logo, o executado, ao ser intimado para novamente realizar o adimplemento sob pena de tal medida atípica, estará imbuído a adimpli-lo, com a total ciência de que a continuidade de tal inadimplemento acarretará eficácia de medidas ainda mais restritivas e graves.

Com o deferimento da medida atípica de efetividade, o executado deve ser intimado de tal decisão, com a total ciência de que a continuidade do inadimplemento acarretará em uma medida indutiva ou coercitiva diversa daquelas existentes no ordenamento processual, a qual o exequente requereu e fora deferida pelo juízo.

Se o intuito é induzir que o executado realize o cumprimento da obrigação/dívida, a cientificação da possibilidade da medida já caracteriza a indução, colocando como real a possibilidade da realização da medida atípica, mas colocando-a como posterior a um determinado prazo para o adimplemento. Numa comparação das medidas atípicas com a prisão civil no cumprimento/execução de alimentos, esta medida tipificada de restrição de liberdade é utilizada como meio de coerção para que o executado cumpra o pagamento dos alimentos atrasados, não para que realmente seja preso, o que acontecerá somente em caso de não adimplemento ou justificação válida. A finalidade da prisão não é para o cumprimento de uma penalidade, pelo fato de que não há abatimento na dívida por causa desta, o que leva a entender-se que a medida dialoga com responsabilidade patrimonial, com a indução e coerção para tal responsabilização, nunca para o cumprimento de tal medida ser imediatamente realizada.

A concessão da medida atípica deve, então, dialogar com o princípio do contraditório, com a devida intimação do executado²⁷ e, somente após esta, o impacto daquela constrição realizada em outras áreas pleiteadas pelo exequente e deferidas pelo juízo.

²⁷ O intuito passa pelo entendimento de que o contraditório não é somente ouvir as partes, mas entender a função dessa possibilidade como uma influência para o processo. Sobre a concessão de medida atípica, muito mais do que a medida, o exequente quer o adimplemento, se o contraditório proporcionar tal desiderato, vale mais do que a medida concedida: “relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem a finalidade de colaboração para o exercício da jurisdição.” CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório como influência. Dicionário de Princípios Jurídicos - Flávio Galdino; Silvia Faber Torres; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka. Editora: ELSEVIER – CAMPUS. 2011. p. 201.

4.4 A IMPORTÂNCIA DO RELATÓRIO DA EXECUÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA ATÍPICA

O pedido, pelo executado, pela concessão de uma medida atípica de efetivação será analisado pelo juízo, culminando em uma decisão interlocutória a ser proferida. No caso de um deferimento, já utilizando os moldes do contraditório e boa-fé, o juízo deve preocupar-se em proporcionar a melhor fundamentação possível nessa decisão em que deferir tal medida, com o total diálogo com as partes e explicar, detalhadamente, os motivos que ensejaram e baseiam a concessão da medida.

Numa visão posterior, extraprocessualmente, a sociedade, através da fundamentação dessa decisão, deve entender quais condutas processuais – principalmente omissivas – do executado foram preponderantes para tal concessão e, com isso, entender-se que em situações análogas, medidas idênticas podem ser tomadas. Ou seja, a criação paulatina, de acordo com um conjunto de medidas atípicas concedidas, de uma visão sobre uma série de condutas processuais do executado que culminam em medidas a serem concedidas, proporcionado, de certo modo, um entendimento de quais condutas levam a quais medidas.

Se o ordenamento processual, com a disposição inserta no art. 489, § 1º²⁸, realizou uma grande alteração na fundamentação de decisão judicial, com paradigmas pontuais e formais de condutas em que não considerar-se-á a decisão como fundamentada, o que, por antagonismo, consegue-se a determinação do que devem ser as regras básicas e objetivas para o entendimento do que seria uma decisão com fundamentação adequada.

A ideia dessa cartilha de fundamentação está no aplacamento de decisões em que as fundamentações são desconectadas com a realidade jurídica, autênticos apontamentos reprováveis em uma decisão judicial, o que agora será passível da

²⁸ O § 1º com certeza é inovação digna de nota, pois diz que a garantia da fundamentação das decisões judiciais, de índole constitucional, não se tem por satisfeita, se a fundamentação não atender a certos parâmetros de qualidade. Ou seja, não é qualquer fundamentação que satisfaz. Deve-se sublinhar que os dispositivos serão comentados em seguida dizem respeito não só à sentença, mas a quaisquer decisões judiciais. Quando se estuda motivação da decisão, na verdade, o que se estuda é o que aparece na decisão, que seria uma espécie de “fachada”, mas mesmo assim, é interessante estudar este fenômeno, já que representa, pelo menos, o que é compreendido como satisfatório para figurar como fundamento da decisão, em face das exigências do dado sistema.” 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. 793.

penalidade de nulidade²⁹ desta, se a motivação contiver alguns desses equívocos na formação daquele ato decisório. E, ainda, pertinente lembrar que essa regra de uma fundamentação analítica atinge qualquer decisão, seja interlocutória, sentença ou acórdão.

Um primeiro ponto a ser considerado, em relação à fundamentação, é a necessidade, pelo juízo, na decisão sobre a concessão da medida atípica a realização de um relatório³⁰ de atos em que as medidas expropriatórias típicas já foram tentadas e, restaram infrutíferas, bem como, se for o caso, salientar os atos processuais que o executado realizou para não adimplir e, principalmente, se estes foram com o claro intuito de esquivar-se da execução, impedindo o êxito de medidas típicas ou, ainda, a existência de alegações e atos defensivos meramente protelatórios.

O intuito de um relatório da própria execução e dos pretéritos atos ineficazes passa pela demonstração da legitimidade em buscar-se, nesse determinado momento processual, a necessidade de medidas além daquelas tipificadas pelo ordenamento, seja pela ineficácia das demais ou pelas manifestações protelatórias do executado. Com o relatório realizado pelo juízo, há, desse modo, a clara demonstração de que a adoção de uma medida atípica resulta de um descaso ou desídia do executado para com a execução e o direito ali reivindicado.

Não há óbice para que as medidas atípicas sejam realizadas conjuntamente com outras típicas, tampouco que necessitem de má-fé processual do executado para que crie um quadro processual para tanto. Essas medidas são maiores do que tais pontos, evidentemente, com uma amplitude para abarcar qualquer fase processual, sem ser um ato posterior às medidas tipificadas. No entanto, há de

²⁹ “Todas as possibilidades de configuração de fundamentação inexistente ou insuficiente previstas neste parágrafo convergem para duas situações genéricas: (i) generalidade ou “vazio” do texto constante da fundamentação, que abarca os incisos I, II, III, V e VI; (ii) falta de enfrentamento de todos os argumentos que poderiam contrariar a decisão tomada pelo juiz, situação prevista no inciso IV.” NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.248.

³⁰ A função do relatório é de suma importância na fase de cognição, pela legitimação dada pelo juízo do conhecimento do desenrolar processual e, ordenar, cronologicamente, os acontecimentos pertinentes para a demanda. Na execução perde força e importância, contudo, entendo que essa importância, para a concessão de medidas atípicas é imensa, tal qual na cognição: “O relatório. Esse primeiro elemento deve conter os nomes das partes, a identificação do caso objeto da ação e os eventos ocorridos durante o andamento do processo. No relatório, o juiz deve reconstruir a história institucional do caso em julgamento, demonstrando que estará cotejando as teses opostas em seus mínimos detalhes e que, de fato, compreendeu o que está sendo demandado.” STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 489. STRECK, Lenio. Comentários ao código de Processo Civil, 11ª edição.. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

se entender que não deve ser o primeiro caminho e, a realização de um relatório da própria execução de maneira detalhada, cumpre a função de demonstrar – material e processualmente – que outras medidas não foram exitosas ou eficazes, restando somente medidas que possam parecer descabidas em outros momentos, mas, dada a situação, tornam-se extremamente necessárias e, ainda, com um certo ar de plausibilidade.

Nesse viés, quanto mais detalhada e explicativa for a decisão, com um relatório de tudo que já se tentou para o adimplemento da obrigação e de medidas expropriatórias, melhor será o próprio conteúdo da decisão, para as partes, principalmente o executado, e toda a sociedade.

Posteriormente à realização de tal relatório, o juízo deve fundamentar a concessão (e até o indeferimento) de tal medida atípica, de maneira não somente a expor às partes os motivos de tal deferimento, mas, sobretudo, para que se entenda a necessidade de tal medida e, ainda, a possibilidade de êxito desta.

Como há uma amplitude e abertura oriunda da própria atipicidade das medidas a serem pleiteadas, com as possibilidades inimagináveis de concessões, importante a verificação pelo juízo e a posterior fundamentação da decisão para que se demonstra o real entendimento judicial de que aquela indução ou coerção alcançará o êxito que não ocorrera na medida típica expropriatória. Por essa atipicidade ser aberta, é indispensável que a medida a ser deferida seja plausível e com uma expectativa de impacto ao executado de modo que haja o adimplemento da dívida ou o cumprimento da obrigação.

Desse modo, não se pode deferir medidas atípicas variadas sem a noção de qual será o impacto no executado, sem ter a noção, tampouco expectativa de que haja a indução ou a coerção que faça com que este cumpra a responsabilidade patrimonial. A fundamentação³¹ da decisão sobre a concessão ou o indeferimento

³¹ A fundamentação tem um dever ímpar, muito mais do que o juízo dispor de seu convencimento, vai além disso, mas uma função processual – endo e extra – para o entendimento das partes e da sociedade de como o juízo conseguiu organizar os fatos e direitos ali aplicados, mediante uma série de argumentos lógicos e diante da visão construtiva da decisão. Sobre a decisão sobre a concessão ou não de medidas atípicas, esta deve ser fundamentada como qualquer outra também deve, no entanto, o cuidado, na execução, dado a essa fundamentação deve ser maior do que uma simples interlocutória, é uma concessão complexa e que merece um ato democrático para motivá-la: “O dever de fundamentar – que é mais do que motivar – não é simplesmente um adereço que será posto na decisão. Tampouco será uma justificativa para aquilo que o juiz decidiu de forma subjetivista-solipsista. O Estado Democrático e a Constituição são incompatíveis com modelos de motivação teleológicos do tipo “primeiro decido e só depois busco o fundamento”. Superado o paradigma subjetivista (filosofia da consciência e suas vulgatas), é a intersubjetividade que será a condição para o surgimento de uma decisão. Nesse sentido, o juiz deve controlar a sua subjetividade por intermédio da intersubjetividade proveniente da linguagem pública (doutrina, jurisprudência, lei e Constituição). As suas convicções pessoais são – e devem ser – irrelevantes para a decisão. Por isso, a decisão judicial não é fruto do pensamento pessoal ou da “consciência do julgador”. STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 489. STRECK, Lenio. *Comentários ao código de Processo Civil*, 11ª edição. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

dessa medida atípica pleiteada deve ser realizada de maneira pormenorizada, justamente para a demonstração de sua necessidade, com a explicação da expectativa de impacto sobre àquele processo de execução a ser adimplido.

O descuido do juízo, em uma eventual concessão sem a fundamentação³², seja sem relatório discriminado dos atos anteriores ou sem a devida motivação da relação da necessidade e expectativa de êxito, culmina em uma decisão sem a legitimidade da própria medida, somente com um viés sancionatório, sem a devida autoridade legal.

Se as medidas típicas podem ser deferidas com uma fundamentação menor, pelo fato de que a sua própria existência no ordenamento explica as suas funções, as medidas atípicas não detêm essa clareza, imbuindo-se de uma necessidade primordial de analiticamente fundamentar a concessão daquela medida indutiva ou coercitiva, com a devida explicação do que desenvolvemos acima: a demonstração da necessidade e viabilidade da medida para garantir o adimplemento.

A autoridade judicante do juízo e seu ato decisório não serve, por si só, para legitimar, materialmente, a decisão concessiva de medidas atípicas, sem a devida fundamentação, torna-as, não somente irregulares e passíveis de nulidade³³, totalmente inócuas e arbitrárias, numa demonstração de mera força judicial, sem o devido diálogo com as normas fundamentais e a visão do que realmente importa com a concessão dessas: *o adimplemento da obrigação*.

Muito mais do que a concessão da medida atípica por si só, o intuito dessa inovação passa pela indução ou coerção do executado para que realize

³² Um exemplo de como não fundamentar uma concessão de medida atípica, num caso em Porto Velho, Rondônia, quando há o deferimento da suspensão de CPF, uma medida extrema e atípica, sem a devida fundamentação, tanto de motivos para tanto ou da própria salvaguarda jurídica pertinente a tanto. A crítica não é pela concessão, possível a nosso entender, mas sem a devida correlação e delineamento de quais os motivos graves, dentro da demanda, que viabilizam tal ato: Processo 0025710-16.2012.8.22.0001 – TJ/RO – 8a. Vara. Defiro a juntada do substabelecimento no prazo de 5 dias. 2. Expeça-se certidão de crédito para fins de protesto. 3. Como o Código de Processo Civil, em seu artigo 139, estabeleceu o poder de tutela específica ao magistrado, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive na busca da satisfação de prestação pecuniária, defiro a suspensão do CPF do executado, uma vez que se não efetua o pagamento de seus débitos, já tendo sido realizado inúmeras e diversas diligências para tentar penhorar bens do executado, inclusive intimando-se para indicar bens, também não pode o executado usufruir de cadastro para realizar negociação, compras, vendas, créditos e tributos. Oficie-se à Receita Federal. _Porto Velho-_RO, _quarta-feira, 28 de setembro de 2016

³³ Didier Jr. Braga e Oliveira ressaltam a importância desse dispositivo ao dispor que “a inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação, justamente aí está a relevância do § 1º do art. 489: ele relaciona alguns exemplos de situações que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se não fundamenta.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: Salvador, JusPodivm. 2015. p. 326.

o adimplemento da obrigação/crédito. A medida deve ser meio para que o executado cumpra com tal desiderato, nunca deve ser a finalidade da execução, o que importa em toda a fundamentação ser necessária para o sentido da viabilidade da concessão da medida e sua devida realização, ou seja, para cumprir o seu mister endo e extraprocessualmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, o CPC/2015, ao incluir o art. 139, IV, primou pela ênfase à efetividade da decisão judicial, possibilitando ao juízo uma ampla conjuntura de concessões de medidas atípicas para a efetividade da ordem judicial. E, ainda, maior revolução prega ao possibilitar que tais meios sejam possíveis quanto à obrigação de cunha pecuniário, transmutando, de modo imprevisível até para o legislador, toda a sistemática do processo de execução de pagar quantia.

Um dispositivo, uma nova ordem processual executória, uma realidade que precisa ser estudada com afincos para a delimitação de limites e meios condizentes para a aplicabilidade devida de tal norma.

No presente estudo apresentamos a necessidade de visualização da amplitude das medidas atípicas de efetividade como um meio correlato ao princípio da responsabilidade patrimonial e, ainda, como a construção necessária de um verdadeiro diálogo de possível concessão com as normas fundamentais do novel ordenamento, as quais elencamos, resumidamente, como: boa-fé e cooperação; primazia ao julgamento de mérito ou efetividade da execução; respeito ao contraditório efetivo e influenciante; e fundamentação adequada, inclusive com detalhado relatório.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 15a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório como influência. Dicionário de Princípios Jurídicos - Flávio Galdino; Silvia Faber Torres; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka. Editora: ELSEVIER – CAMPUS. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Eficácia da execução e eficiência dos

meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In Execução Civil e Temas Afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC. Coordenação Arruda Alvim. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano Xi nº 21 nov/2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 4o. STRECK, Lenio. Comentários ao código de Processo Civil, 11ª edição.. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 5o. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: Salvador, JusPodivm. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5º Ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. Processo Civil. Volume Único. 8a. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015.

MINAMI, M. Y. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm. 2016.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle. Novo CPC, o SerasaJud e meios coercitivos de execução.

<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/09/novo-cpc-o-serasajud-e-meios-coercitivos-de-execucao/>

SILVA, Ricardo Alexandre da. A efetivação das obrigações de pagar quantia. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 489. STRECK, Lenio. Comentários ao código de Processo Civil, 11^a edição.. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

VITORELLI, Edilson; ZARONI, Bruno Marzullo. Reforma e Efetividade da Execução no Novo CPC. In Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 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. 1^a. Ed, São Paulo: RT. 2015

ZAVASCKI, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 771 ao 796. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 2 / coord. MARINONI, Luiz Guilherme. 2016.

DEVIDO PROCESSO LEGAL: HISTÓRIA E CONTEÚDO

Due Process of Law: history and content

Vitor Galvão Fraga

Especialista em Direito Administrativo pelo PPGD-UFPE

Bacharel em Direito pela FDR-CCJ-UFPE

Advogado

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o princípio do devido processo legal e busca analisar seus desdobramentos procedimentais e materiais no curso da história. Através da coleta de dados em fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias, com o uso de metodologia hipotético-dedutiva, procurou-se estabelecer as premissas teóricas que delimitem os sentidos desse importante princípio da Teoria Geral do Processo, para que se chegue a conclusão sobre o seu papel no condicionamento procedimental da ação do Estado. Para tanto, parte-se da imprescindível análise dos desdobramentos históricos que sofreu o instituto ainda em sua origem anglo-americana e no constitucionalismo brasileiro, para em seguida explorar suas principais características e sentidos que toma na dogmática jurídica.

ABSTRACT: The present article's object is the due process of law principle, it analyses its procedural and material developments throughout history. Through the collect of data in legal, jurisprudential and doctrinal sources, by the use of hypothetical-deductive methodology, premises delimiting the senses of this important principle were stablished in order to reach a conclusion about its role in the procedural conditioning of State's action. For that, this study starts from the indispensable analysis of the historical development suffered by the institute since its beginning in the Anglo-American legal tradition and trough Brazilian constitutionalism, in furtherance of exploring its main characteristics and the senses it takes in legal dogmatic.

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal é conhecido e importante princípio da Teoria Geral do Processo. Originário da Magna Carta de 1215 na Inglaterra, desde então os processualistas o desenvolveram atribuindo a ele diversas dimensões, facetas e desdobramentos, constituindo hoje uma espécie de princípio de abrangência de todas as garantias processuais e direitos que gozam a parte numa relação processual.

O objetivo desse estudo é traçar o histórico desse princípio a fim de entender quais sentidos ele manifesta na experiência jurídica brasileira e estrangeira. Para isso, começaremos com a análise da sua origem no direito inglês medieval, seu desenvolvimento no direito constitucional estadunidense e, finalmente, sua recepção nas constituições do Brasil. Através da coleta de dados em fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias, com o uso de metodologia hipotético-dedutiva, procurou-se estabelecer as premissas teóricas que delimitem o conteúdo desse importante princípio da Teoria Geral do Processo, para que se chegue a uma conclusão sobre o seu papel no condicionamento procedimental da ação do Estado.

É importante notar no decorrer da análise que tal princípio denota aspectos muito mais amplos do que seus tradicionais desdobramentos em ampla defesa e contraditório, sendo mesmo fundamento embrionário para o controle de constitucionalidade dos atos estatais. Mais do que isso, procuramos demonstrar que o devido processo legal é baliza ampla de desenvolvimento da processualidade estatal.

1. ORIGENS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Dos princípios incidentes sobre a processualidade, destaca-se como o mais abrangente, o devido processo legal. Tal princípio é um dos institutos jurídicos que mais sofreu o acúmulo histórico, pois a noção do que é devido necessariamente perpassa a sociedade e o momento histórico em que vive. Nesse sentido, é de extrema importância analisar sua origem e o seu desenvolvimento até sua incorporação em nossa ordem constitucional, tendo em vista que “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso” (DIDIER JR., 2015, p. 66).

A origem remota do devido processo legal é ligada ao direito alemão medieval, mais especificamente ao *Constitutio de Feudis*, édito de 28 de Maio de 1037 do imperador Romano-Germânico Konrad II (Konrad der Ältere – Conrado, o Velho). Esse édito é tido como o primeiro que reduziu o direito feudal a termo

escrito. Através do édito, certas regras costumeiras ganham autoridade derivada da dignidade do promulgador e consequente aceitação universal. O édito marca a maturidade do feudalismo alemão ao aprovar a perpetuidade da sua mais fundamental célula política, o feudo (STUBBS, 1908, p. 146).

O conteúdo do édito consiste em quatro artigos. O primeiro deles é o mais importante para esse estudo, pois consubstancia a ideia inicial do devido processo legal. Nele o imperador estabeleceu a regra de que nenhum homem pode ser privado do seu feudo a não ser em virtude das “leis do império”, às quais mesmo o imperador se submete, e através do julgamento dos seus pares (expressão posteriormente copiada na Magna Carta), consolidando, via de regra, como indevida a quebra do costume medieval da hereditariedade dos feudos (que é afirmado no artigo terceiro do édito) (STUBBS, 1908, p. 147).

Apesar da *Constitutio de Feudis*, normalmente, se identifica o surgimento do devido processo legal com a mencionada Magna Carta de 15 de junho de 1215 (Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae – Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês), pelo emprego textual da expressão *law of the land*, que posteriormente veio a ser interpretada pelo direito inglês como o mesmo que *due process of law*, como será visto adiante. Não obstante, é importante reconhecer o papel do direito alemão medieval na construção dessa importante noção de um instituto que limita o poder estatal e impede a tirania, que veio inspirar os documentos legais posteriores.

A Magna Carta surge em um momento em que o modo de organização feudal perdia forças, o rei passava a se destacar como o *primus inter pares* - o primeiro dos suseranos - e, naturalmente, a todo movimento centralizador ocorrem reações descentralizadoras (COMPARATO, 2015, p. 84). Nesse panorama, durante o reinado de Ricardo Coração de Leão os senhores feudais se tornaram cada vez mais insatisfeitos com os crescentes impostos que serviam para custear as expedições militares do soberano, que por sua vez quase nunca governava de seu território, pois passou a maior parte do seu reinado na Terceira Cruzada ou em guerra com a França (Ducado da Normandia). Como resultado, o sucessor de Ricardo Coração de Leão, João Sem Terra (ano 1199), recebeu um reino instável, com uma nobreza descontente. O ápice do descontentamento ocorreu com a perda da maior parte dos feudos continentais para o reino francês. Não demorou para que em 1215 os senhores feudais ingleses (barões) impusessem ao rei um compromisso de governo para a estabilidade do reino. Esse compromisso foi a Magna Carta (AQUINO; LOPES; FRANCO, 2003, p. 591).

A Magna Carta, apesar de ser um instrumento normativo basilar da ordem social e jurídica do antigo e atual regime inglês, não é uma constituição; falta-lhe, para tal, a universalidade (NETO; SARMENTO, 2016, p. 72), isto é, sua capacidade a abranger os direitos e interesses da generalidade dos cidadãos. A Magna Carta se apresenta como um acordo entre o rei e os barões, um compromisso interno aos estamentos dominantes da sociedade. Nesse sentido, é melhor classificada como um contrato de senhorio (*Herrschaftsvertrag*) (COMPARATO, 2015, p. 91), convenção pelo meio da qual se atribuíam regalias, privilégios, franquias aos membros do estamento senhorial.

A Magna Carta é, acima de tudo, um documento que visou assegurar os direitos dos senhores feudais ingleses contra o poder cada vez mais centralizador do rei. Não há o escopo de se apresentar como carta universal de direitos, mas como uma espécie de acordo entre os titulares do poder real na sociedade. Por tal motivo, foi escrito em latim, língua a que a maioria da população não tinha acesso (FIGUEIREDO, 1997, p. 9).

Como aponta McKechnie, A Magna Carta é um acordo entre partes teoricamente iguais em poder, como uma forma de retomar o equilíbrio do reino. De um lado os barões reafirmam a autoridade da coroa e de outro a coroa garante as garantias dos barões contra seu abuso de poder. Nas suas palavras: “Os barões naquele dia renovaram seus votos de lealdade e respeito: esse foi o preço estipulado pelas ‘liberdades’.” (MCKECHNIE, 1914, p. 40).

Dentre os direitos garantidos pela Magna Carta, temos as liberdades eclesiásticas, a clássica garantia de representatividade tributária (no taxation without representation), algumas disposições embrionárias do que viria a ser o princípio da legalidade, o dever do rei de fazer justiça, o tribunal do júri, a proporcionalidade da pena, a propriedade privada, a liberdade de locomoção, entre outros.

O documento foi escrito em texto corrido, sem parágrafos ou divisões, porém, normalmente ele é dividido em um preâmbulo e sessenta e três cláusulas (COMPARATO, 2015, p. 83). A cláusula associada ao devido processo legal é a 39, a mais importante do documento, cuja redação¹ dispõe:

¹ Do original em latim: “39. Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittimus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.” Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>> Acesso em: 16 de dezembro de 2016

Nenhum homem livre deve ser detido ou aprisionado, ou privado dos seus direitos de posseção, ou banido ou exilado, ou prejudicado de qualquer forma, nem procederemos coercitivamente contra ele, ou mandaremos outros para fazê-lo, senão mediante um julgamento legal dos seus iguais ou segundo a lei da terra (BRITISH LIBRARY²).

Interessante perceber em momento algum a Magna Carta menciona a expressão devido processo legal (due process of law), mencionando, por outro lado, a expressão lei da terra (law of the land / *legem terrae*). Importa observar que a palavra law, numa ou noutra expressão, não se traduz exatamente em lei, enquanto fonte do direito, que corresponde ao termo statute do direito anglo-saxão; na verdade, no direito inglês law indica o direito como um todo, abrangendo todas as suas fontes.

A *Legem Terrae* é um instituto anterior à Magna Carta, surgiu com o rei Guilherme I, o conquistador, que deu início a um reinado normando sobre a Inglaterra. Ao se sagrar rei, Guilherme I, percebendo a devoção que o povo tinha ao antigo rei Eduardo, o Confessor, resolveu reafirmar as leis do seu antecessor saxão, como forma de desconstruir sua imagem de invasor e reconstruí-la como a do sucessor de um rei amado. Sua atitude construiu o costume jurídico de que os reis ingleses devem respeitar as leis dos seus antecessores que se tornam, com o fim do seu reinado, a lei da terra (RAMOS, 2007, p. 103).

A lei da terra representaria, então, a confirmação da vigência das normas editadas pelos monarcas que já morreram, escritas ou não; mais do que isso, significa que os compromissos travados pelos reis ingleses vinculariam os seus sucessores pois se tornavam lei da terra.

A expressão devido processo legal (due process of law) surge apenas em 1354, quando Eduardo III reafirma as leis da terra, entre elas a Magna Carta firmada por João Sem Terra em 1215. Nesse momento, o parlamento reeditou a Magna Carta através de uma lei conhecida como Statute of Westminster substituindo em seu capítulo 3 os termos julgamento legal dos seus iguais e lei da terra por devido processo legal (NERY JR, 2004, p. 61).

Para a correta compreensão da expressão, era preciso interpretá-la em conjunto com o capítulo 10 do mesmo Statute of Westminster que previa

² Traduzido pelo autor do inglês: "(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land."

a observância do *due process* para o indiciamento de algumas autoridades inglesas, o que consistia na obrigação de tais autoridades serem levadas perante juízes do rei, aos quais era dado o poder de proceder segundo as diretivas legais (*writ*s). Percebe-se, então, que nesse capítulo o devido processo legal está ligado ao necessário cumprimento de um rito procedimental específico que deve ser seguido nos casos ali previstos. No mesmo sentido dever-se-ia interpretar a expressão no capítulo 3, ou seja, entendendo-se por *due process* uma regra que exigia a observância de um *writ* apropriado para que se processe qualquer pessoa perante as cortes do rei (JUROW, 1975, p. 267).

A mudança terminológica teve como objetivo a sanção do uso de novas fórmulas processuais pelo King's Council. A Carta agora revisada não garantiria mais um procedimento casuístico, mas sim o procedimento prescrito para um caso submetido à jurisdição estatal. Assim, devido processo legal seria o procedimento regular para constituir lides e determinar a responsabilidade jurídica de outrem (WASSERMAN, 2004, p.2).

Com o passar do tempo, as expressões *law of the land* e *due process* acabaram por se tornar sinônimas, significando o coração das garantias procedimentais de que gozava a nobreza. Nesse sentido, ensina Tavares Pereira (2007, p. 6):

Carlos Roberto de Siqueira Castro adverte para o fato de que, embora essa expressão não tenha constado na Magna Carta, no “[...] período da primeira infância do nosso instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigorante.” Por isso, “a expressão *Law of the Land* é tida [...] unanimemente, como a predecessora direta e equivalente, em sentido e alcance, de *Due Process of Law*”. Para John V. Orth, a jurisprudência assentou que as frases significam identicamente a mesma coisa. Como ensinava Thomas McIntire Cooley, em 1880, perguntar “o que é o *Law of the Land*?” é outra forma de perguntar “o que é o *Due Process of Law*”?

Na Inglaterra, o princípio do devido processo legal se desenvolveu em uma série de consequências: deveres e direitos que eram dele consecutórios. Em sede jurisprudencial, o princípio foi afirmado no caso *Dr. Bonham*, famoso antecedente do Controle de Constitucionalidade.

O caso *Dr. Bonham* foi ajuizado em 1606 perante a Court of Common Pleas. *Dr. Bonham* havia sido multado e preso por exercer medicina sem autorização do Royal College of Physicians de Londres, argumentava que a prisão havia sido ilegal pois era doutor pela Cambridge University, não estando sob o poder de polícia do Royal College de Londres. O argumento do Royal

College era fundado num conjunto de documentos emitidos por Henrique VIII e confirmados por lei (statute) pelo parlamento que delegavam a ele os poderes de fiscalização e controle do exercício da medicina em Londres.

O magistrado sir Edward Coke julgou que a delegação feita pelo rei e confirmada por lei do parlamento era contrária ao direito consuetudinário, devendo, então, ser afastada. Coke se valou de cinco linhas argumentativas, a mais importante, porém, foi uma afirmação do devido processo legal através da ideia de parcialidade do Royal College. Isto se deu pois pela delegação a entidade receberia metade de todo montante que fosse recolhido a título de multa, consequentemente, teriam interesse em multar o máximo de pessoas possível; *In litteris*:

Os censores não podem ser juízes, ministros e partes; juízes para sentenciar ou julgar; ministros para intimar; e partes para receber a metade da exação (...) O common law controlará os atos do parlamento e, por vezes, os julgará manifestamente inválidos; pois quando um ato do parlamento for de encontro ao direito comum e à razão, ou repugnante, ou impossível de ser realizado, o common law o controlará e julgará tal ato como nulo. (COKE Apud SMITH, 1979, p. 258)³

É importante notar que preferimos não traduzir a expressão common law para direito comum ou qualquer das expressões que o valham. Isto porque a expressão é ambígua, podendo significar tanto a chamada família de direito anglo-saxã, como pode significar um conjunto de princípios próprios a essa família e que formam uma das fontes do seu direito ao lado de outras alheias ao nosso sistema, como a equity e o statute law. O sentido usado por Coke é, evidentemente, este segundo, pois ele está evidenciando o choque entre duas fontes, o statute law criado pelo parlamento e o common law que é desenvolvido pelas cortes inglesas. Esse sentido é destacado pelo verbete da Corpus Juris Secundum (Apud BYRD, 2011, p. 5) como:

I. §2. O common law é uma das formas de direito, e é um sistema controlado de regras e princípios, flexível e suscetível a adaptação a novas condições, apesar de fundamentalmente imutável, que é desenvolvido e declarado, apesar de não

³ Tradução do original: “The censors cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture... [T]he common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.”

estabelecido, pelas decisões judiciais. (...) A autoridade de suas regras não depende de um ato legislativo positivo, (...) mas da aceitação geral e uso, e da tendência das regras a atingir os fins da justiça.⁴

A tentativa de controle judicial dos atos do parlamento não prosperou na jurisprudência inglesa, e logo o sir Coke foi destituído do seu cargo pelo rei Jaime I, reafirmando uma separação de poderes com ênfase na soberania do parlamento (FIGUEIREDO, 1997, 243).

O devido processo legal chegou aos Estados Unidos da América com os colonos, que clamavam para si as mesmas proteções legais que eles gozavam na Inglaterra. Os colonos entendiam o *due process* como algo além das garantias procedimentais, para eles era também uma proteção sobre o direito adquirido e uma limitação ao exercício tirânico do poder de polícia (WASSERMAN, 2004, p. 3).

Nos vários documentos que se seguem no conturbado período de descontentamento dos colonos americanos com os desmandos do rei George III se percebe o uso constante dos institutos já consagrados no direito inglês e acima explicados. A Declaração da Virgínia, por exemplo, apesar de não falar em *due process*, copia o texto original da Magna Carta e cita o julgamento dos seus iguais e a lei da terra. Mais do que isso, os colonos adotavam o entendimento de Coke de que a lei da terra, como elemento da *common law*, poderia eivar de nulidade os atos do parlamento contrários a ela. Rhonda Wasserman (2004, p. 3) ensina que:

Os colonos invocaram o devido processo e a terminologia “lei da terra” da Magna Carta nas suas querelas contra a Inglaterra e que levaram à Guerra Revolucionária. Assim, quando oficiais britânicos tentaram executar os Navigation Acts em Boston por meio de mandados gerais de busca, um advogado de Massachusetts, James Otis, argumentou que a corte deveria invalidar os atos do parlamento que fossem contrários à constituição da Inglaterra e ao dispositivo da “lei da terra” da Magna Carta. Otis se baseou na visão do Lord Coke de que a “lei da terra” limitava os poderes do parlamento, assim como do rei e das suas cortes. Da mesma forma, ao contestar o Stamp Act, os colonos argumentaram que ele haveria violado a Magna Carta por autorizar julgamentos de réus nas cortes do almirantado sem a proteção de um julgamento pelo júri. Assim, os colonos acreditavam que a “lei da terra” restringia o legislativo assim como outros poderes.⁵

⁴ Tradução própria do original: “I. §2. The common law is one of the forms of law, and is a controlling system of rules and principles, flexible and susceptible of adaptation to new conditions, although fundamentally immutable, which is developed and stated in, although not established by, judicial decisions. (...) The authority of its rules does not depend on positive legislative enactment, (...) but on general reception and usage, and the tendency of the rules to accomplish the ends of justice.”

⁵ Tradução própria do original: “The colonists invoked *due process* and the “law of the land” language from the Magna Carta in their struggles with England leading up to the Revolutionary War. Thus, when British officials sought to enforce the Navigation Acts in Boston by means of general search warrants, a Massachusetts attorney, James Otis, argued that the court should invalidate Acts of Parliament that were contrary to the constitution of England and the “law of the land” provision of the Magna Carta. Otis relied on Lord Coke’s view that the “law of the land” limited the powers of Parliament, as well as the King and his courts.¹⁸ Likewise, in challenging the Stamp Act, the colonists argued that it violated the Magna Carta by authorizing trials of offenders in the admiralty courts without the protection of trial by jury. Thus, the colonists believed that the “law of the land” constrained the legislature as well as the other branches of government.”

A despeito de os colonos terem abraçado o entendimento de Coke, os Framers da Constituição de 1787 foram bem comedidos com texto constitucional. A Constituição Americana, em seu texto original, não faz menção alguma ao devido processo legal, que só foi incorporado ao seu texto anos depois por meio de emenda.

Quando da sua edição, a Constituição Americana fora muito criticada por não conter uma bula de direitos (bill of rights). Os britânicos tinham uma que limitava o poder do monarca e vários estados da federação (todos, exceto Nova Iorque) tinham as suas próprias bulas que prescreviam direitos aos seus cidadãos. Na Convenção de Filadélfia, George Mason, redator da Declaração de Direitos da Virgínia, propôs que houvesse uma bula de direitos à guisa de prefácio do texto constitucional. Sua proposta fora derrubada pelos outros convencionais, que entendiam haver desnecessidade de uma bula quando a maioria dos estados já tinha as suas próprias (COMPARATO, 2015, p. 133).

A Constituição ter sido editada sem previsão similar parecia um verdadeiro retrocesso constitucional. Muitos americanos temiam que o governo viesse a ser tirânico, pois não havia um documento legal por meio do qual pudessem se defender contra seu eventual abuso de poder. A Constituição nasceu, então, com um enorme déficit de legitimidade, o que levou James Madison, importante convencional, mudar de ideia e apoiar a criação de uma bula de direitos nacional que ele mesmo escreveu com base na bula do seu estado. Em 1789 ele levou doze emendas ao Congresso Americano e em 1791 dez delas foram ratificadas, formando o que até hoje é conhecido como Bill of Rights.

A *Bill of Rights*, prevê uma série de direitos substantivos (Liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de reunião, direito de portar armas e limitações ao aquartelamento de soldados), direitos de procedimento (liberdade ante a registros e confiscos irrazoáveis, requisitos de júri, proibição de double jeopardy, proibição de autoincriminação, requisito de justa compensação, celeridade, direito a assistência por advogado, proibição de multas exorbitantes, etc.), uma regra de interpretação não restritiva em relação ao rol de direitos e, por fim, uma cláusula federativa destacando que aquilo que não está proibido aos estados nem conferido à União pela constituição, deve ser entendido como de competência estadual. Dentre as emendas da Bill of Rights destacamos a quinta, que diz:

Nenhuma pessoa será levada a responder por um crime capital, ou de qualquer outra forma infame, a não ser mediante denúncia ou indiciamento por um Juri de Acusação (Grand Jury), exceto em casos internos do exército ou da marinha, ou numa milícia de estado, quando em serviço atual em tempo de guerra ou calamidade

pública; nem será nenhuma pessoa sujeita pela mesma ofensa a ser duplamente apenada sobre sua vida ou integridade; nem será compelida em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesma, nem privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o respeito ao devido processo legal; nem deverá a propriedade privada ser tirada para uso público sem compensação adequada.⁶

Aparece, assim, o devido processo legal como emenda à Constituição Americana, abandonando-se a expressão lei da terra usada por Coke e adotada pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. A quinta emenda lida com questões eminentemente penais: temos o direito ao Grand Jury e a vedação ao double jeopardy. Para além dela, na sua frase final, há a cláusula de justa compensação, conhecida pela jurisprudência americana como “takings clause”.

Porém, a parte mais importante para os fins desse texto é a chamada due process clause, quando a emenda diz que ninguém pode ser “privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o respeito ao devido processo legal”. Essa cláusula é detalhada pelas emendas VI a VIII. Inicialmente, o devido processo esculpido na quinta emenda tem caráter preponderantemente penal, instituindo um limite ao Estado durante a perseguição penal.

A cláusula também funciona como uma previsão de procedimentos especiais não mencionados na constituição, a exemplo dos ritos de acusação para incapazes. Por fim, é importante lembrar que a quinta emenda foi originalmente entendida como limite apenas ao governo federal, não incidente sobre os estados; essa posição foi confirmada em 1833 pela Suprema Corte no caso *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, cujo voto do Chief Justice Marshall aduz:

A Constituição foi ordenada e estabelecida pelo povo dos Estados Unidos para si mesmo, para seu próprio governo, e não para o governo dos estados individualmente. Cada estado estabeleceu para si uma constituição, e nessa constituição estabeleceu tais limitações e restrições aos poderes do seu governo particular conforme seu próprio julgamento. O povo dos Estados Unidos editou um governo similar para os Estados Unidos da forma como ele calculou ser melhor adaptado à sua situação e melhor calculado para promover seus interesses. Os poderes que conferiram a esse governo seriam exercidos por ele, e as limitações de poder, se expressas

⁶ Tradução própria do original: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

em termos gerais, são naturalmente, e pensamos necessariamente, aplicáveis ao governo criado por esse instrumento. Elas são limitações de poder garantidas no próprio instrumento, não de governos distintos editados por pessoas diferentes e para diferentes propósitos. (U.S. SUPREME COURT, 1833, p. 248)⁷

Tal entendimento só mudou com as chamadas emendas da reconstrução. A Constituição original somada à Bill of Rights sobreviveu por dois séculos. As emendas da reconstrução (emendas XIII-XV) foram todas ratificadas num curto período de cinco anos (1865-1870) durante o curso da Guerra de Secessão, lidando com o fim da escravidão e a garantia de liberdades básicas a todas as pessoas.

A emenda XIV é a mais longa da Constituição e tem como função criar as bases para o novo *establishment* constitucional do pós-guerra. Entre outras determinações, ela cria novos direitos de cidadania e de voto, realoca membros do congresso, pune rebeldes e trata, inclusive, da dívida pública. O trecho que nos interessa, porém, tem a seguinte redação:

Nenhum estado fará ou executará qualquer lei que viole os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deverá qualquer estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o respeito ao devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.⁸

O principal objetivo desse trecho é impedir que os estados discriminem ex-escravos por sua condição pregressa. É enfatizado que os cidadãos americanos receberão todos os direitos de cidadania dos seus estados também. Ninguém, nem mesmo os ex-escravos, terá seus privilégios ou imunidades (aqueles garantidos na Bill of Rights) violados. A frase sobre o *due process* é explicitamente copiada da quinta emenda para enfatizar que também deve ser observado pelos estados (OGDEN, 2015, p. 107).

⁷ Tradução própria do original: “The Constitution was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of the individual States. Each State established a constitution for itself, and in that constitution provided such limitations and restrictions on the powers of its particular government as its judgment dictated. The people of the United States framed such a government for the United States as they supposed best adapted to their situation and best calculated to promote their interests. The powers they conferred on this government were to be exercised by itself, and the limitations on power, if expressed in general terms, are naturally, and we think necessarily, applicable to the government created by the instrument. They are limitations of power granted in the instrument itself, not of distinct governments framed by different persons and for different purposes.”

⁸ Tradução própria do original: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Apesar da evolução da proteção com a emenda XIV, ela sofreu muita resistência em sua aplicação pelos ordenamentos jurídicos estaduais. A própria Suprema Corte levou aproximadamente cem anos para dar-lhe aplicação no âmbito processual penal (RAMOS, 2007, p. 107).

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Notadamente, o devido processo legal se desenvolveu na doutrina do common law, com ênfase na construção jurisprudencial americana. Aqui no Brasil, a expressão devido processo legal só veio aparecer na Constituição de 1988, mas algumas regras consectárias desse princípio existiam aqui e ali nas fases constitucionais passadas.

De início, é válido lembrar que no curto tempo de existência do nosso Estado tivemos diversas constituições (sete ou oito, ao total, a depender de considerar o documento de 1969 uma constituição), porém faltou-nos constitucionalismo, pois grande parte dessas constituições não conseguiu cumprir o papel precípua de limitar o poder estatal e proteger os cidadãos. Ao invés disso, muitas delas foram mera fachada de uma conjuntura de poder arbitrária (NETO; SARMENTO, 2016, p. 97).

Apesar da pouca expressividade constitucional pré-88, o devido processo legal teve algumas manifestações legislativas e doutrinárias importantes antes da Constituição Cidadã.

Nossa primeira constituição é o documento que cria as bases jurídicas do recém independente império brasileiro. Fora outorgada em 1824 pelo Imperador Pedro I, que havia dissolvido a Assembleia Constituinte de 1823. Para receber maior legitimação, o imperador submeteu o projeto de constituição às câmaras municipais, para que dessem sugestões. Sua inspiração ideológica é a Constituição Francesa de 1814, marcada pelo liberalismo conservador e pelo semi-absolutismo. Em nossa primeira constituição, conviviam direitos individuais (arts. 92 a 96) e um poder moderador consubstanciado no imperador (arts. 98 a 101) (NETO; SARMENTO, 2016, p. 101).

Apesar de não haver menção expressa ao due process, a Constituição Imperial estabelecia uma série de provisões que se identificam com seu conteúdo clássico. Entre elas: a instituição do júri (arts. 151-2), presunção de inocência (art. 179, VIII) e outras garantias do art. 179 relacionados à legalidade.

A Constituição de 1891, a primeira republicana, é de massiva inspiração norte-americana, que se observa no seu texto sintético de ideologia liberal e que prevê os institutos da do presidencialismo, a república, o federalismo e o controle de constitucionalidade das leis. O art. 72 traz um amplo rol de direitos que supera os da constituição anterior. Dentre esses direitos, devemos destacar os relacionados ao devido processo legal e que representaram grande avanço, são os §§ 14 e 16, in verbis (com a redação da emenda nº 3 de 1926):

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admitir.

§ 16. Aos acusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

A Constituição de 1934 é fruto do constitucionalismo social, inspirada nas constituições do México de 1917, de Weimar de 1919 e a da Espanha de 1931. Seu texto é extenso, abandonando a característica da anterior, e preocupado com a ampliação dos direitos sociais, ampliando a incidência do direito constitucional em várias matérias como servidores públicos, segurança pública, ordem econômica, entre outras.

No que importa ao devido processo legal, essa constituição não representa nenhum avanço em relação à anterior. Mantém a previsão da ampla defesa, porém, dá uma redação mais curta ao dispositivo no seu art. 113, §24: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

A constituição de 1934 teve vida curta, e em novembro de 1937 tivemos outorgada por Getúlio Vargas uma nova lei constitucional em substituição àquela. Seu principal traço distintivo é o autoritarismo. A Carta de 37 é classificada como uma constituição semântica, um texto constitucional instrumentalizado para o melhor exercício do poder pelo governante (HORTA, 2010, p. 28).

Na Carta de 1937, se por um lado vemos a abolição da ampla defesa em termos gerais, como tínhamos nas duas constituições anteriores, por outro vemos o surgimento de dois dispositivos que expressam o devido processo legal de outra maneira no final do seu art. 122, §11, que diz: “(...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa ”.

Apesar da pequena evolução do texto constitucional, já em 1943, Castro Nunes defendia que, mesmo não havendo expressa menção constitucional, o devido processo legal existia implicitamente em nosso ordenamento jurídico (DAMACENO, 2007, p. 68).

A Constituição de 1946, por sua vez, surgiu durante as grandes mudanças da doutrina constitucional global em decorrência do pós-guerra. Seu traço distintivo é a retomada da democracia e a reconciliação com o Estado social de 1934, representando um verdadeiro desenvolvimento dessa constituição.

A grande novidade da Constituição de 1946 para a processualidade está na inafastabilidade da jurisdição nos termos do art. 141, §4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Foi sob essa constituição que em 1948 San Tiago Dantas escreve seu artigo *seminal igualdade perante a lei e “due process of law”* publicado na Revista Forense. Dantas tratava de separação de poderes e de maneiras de controlar a arbitrariedade legislativa a partir dos seus estudos do judicial review americano com ênfase na doutrina do due process como standard de conformação jurídica (DANTAS, 1948, p. 357-367).

Dez anos depois, em 1958, a autora Lêda Boechat Rodrigues falava sobre substantive due process em marcante obra intitulada A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano. Na obra, a autora trazia aquela ideia que começou lá atrás com o Lord Coke de um devido processo legal como uma regra de razão (razoabilidade), envolvendo juízos de ordem econômica e social (RODRIGUES, 1958, p.139).

Na legislação infraconstitucional, tínhamos (e temos) o Código Tributário Nacional de 1966, ao dispor sobre o poder de polícia da Administração, condiciona o seu exercício ao devido processo legal. Diz em seu art. 78, parágrafo único que “Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”. Esse devido processo do código tributário já era entendido pela doutrina da época como sendo o mesmo que o due process americano (BALEEIRO, 1984, p. 351).

A Constituição de 1967 teve como traço principal “(...) a concentração do poder, tanto no sentido vertical – centralização no pacto federativo -, como no horizontal – hipertrofia do executivo.” (NETO; SARMENTO, 2016, p. 101). Apesar disso, se preocupa em manter uma aparência liberal que é refletida no amplo rol de direitos do art. 150. Desse rol, destacam-se aqui aqueles direitos previstos nos §§ 15 e 16 do art. 150, in verbis:

§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

A despeito da previsão constitucional exclusiva sobre esse ramo do direito, em 1968, José Frederico Marques defendia que o devido processo legal não seria um princípio exclusivo do processo penal, ao qual é geralmente associado, mas também deveria ser observado no âmbito do direito administrativo. Segundo sua lição, desde que a ação estatal atingisse a propriedade do administrado, seria necessário observar ao devido processo legal (FREDERICO MARQUES, 1968, p. 28-33).

Em 1969, a Junta Militar outorgou uma nova constituição sob a forma de uma emenda constitucional (Emenda Constitucional nº1) fundamentada nos Atos Institucionais de nº 5 e 16. À época, houve grande discussão se tratava-se de mera emenda ou de verdadeira nova constituição. Os defensores da segunda posição argumentam que uma emenda constitucional não poderia ter como fundamentos os AI's, mas deveria se fundamentar na própria constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 208).

A despeito dessa discussão, o que não se discute é que as mudanças foram amplíssimas e a emenda constava de 201 artigos quando fora outorgada. Porém, a nível textual, as mudanças não atingiram o conteúdo do devido processo legal que já havia na Constituição de 1967.

Mas só em 1988, com a promulgação na nossa atual Constituição Federal – a Carta Cidadã –, tivemos verdadeiramente uma “tomada de consciência numa inclinação para o Estado Constitucional” (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 27), fazendo-se notar expressamente no texto constitucional a adoção do princípio do devido processo legal. Mais do que isso, a Constituição elenca tal princípio entre seus Direitos Fundamentais, tornando-o cláusula pétrea e insuscetível de mudança por emenda.

A Constituição Federal protege além do devido processo legal, uma série de outros direitos e garantias que o são afins, como se vê da redação do seu art. 5º:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Apesar da previsão expressa, as dúvidas sobre o conteúdo e a extensão do devido processo legal não cessaram com a Constituição Cidadã. A mera menção a uma fórmula como *due process* não é suficiente para saber que efeitos jurídicos dela advém. Por essa razão, é necessário conjugar o desenvolvimento doutrinário, jurisprudencial e a experiência comparada para lapidar os contornos dessa importante provisão da nossa Constituição.

3. OS SENTIDOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Agora que, enfim, superamos a história do *due process of law* e sua evolução na legislação brasileira, podemos começar o estudo sobre o que se entende hoje por devido processo legal.

Conceituar é sempre tarefa problemática, pois é natural que nenhum conceito consiga abarcar em si todos e exatamente os elementos do objeto. Com o devido processo legal não é diferente, e é por isso que ao invés de dar um conceito cabal, preferimos enumerar algumas características que são indispensáveis à sua conformação no direito brasileiro.

A primeira grande característica do devido processo legal no ordenamento pátrio é a sua destacada posição constitucional. É de inegável importância que a escolha do constituinte por abarcar tal princípio no corpo de nossa constituição dá a ele extrema força normativa.

Como norma constitucional, o devido processo legal desfruta de supremacia constitucional, é uma norma de origem, a partir da qual as disposições infra legais devem se guiar e com a qual as outras normas constitucionais devem se harmonizar; é, assim, autorreferente em sua validade.

Também, como norma constitucional, a cláusula do *due process* goza de elevado grau de abstração. Isto quer dizer que a atividade interpretativa e, mais do que isso, a capacidade tópica de adequação normativa ao caso concreto são cruciais para a concretização normativa desse princípio. Há, na aplicação do seu enunciado, uma necessária escolha dentre um leque axiológico-interpretativo (REALE, 1985, p. 291-292), o devido processo legal não é um dado, mas um construído; enquanto conteúdo normativo é instituto amorfo.

Essa excessiva abstração não é, porém, desvantagem, mas sim essencial para a abertura casuística necessária ao seu conteúdo substancial (visto adiante). Já em 1951, a Suprema Corte Estadunidense adotava o mesmo entendimento, expresso no voto do Justice Felix Frankfurter em *Joint Anti-Fascist Refugee*

Committee v. McGrath (U.S. SUPREME COURT, 1951, p. 341)⁹. No caso, a corte se debruçou, em pleno clima de combate ao comunismo doméstico da Guerra Fria, sobre a polêmica Ordem Executiva nº 9835 de 1948 que criou uma lista de organizações subversivas. Competia ao Attorney General preencher a lista com as entidades que considerasse praticantes de atividades subversivas. A lista era usada amplamente por autoridades públicas, e até particulares, para intimidar e segregar essas organizações. Porém, não havia um procedimento em que se garantisse a audiência da organização acusada de subversão, muito menos previsão de recurso administrativo contra a decisão que incluísse o nome na lista.

Três organizações que tiveram seu nome incluído na lista, incluindo a Joint Anti-fascist Refugee Committee, que arrecadava dinheiro para o apoio às forças de resistência ao regime de Francisco Franco na Espanha, ajuizaram demanda contra James Howard McGrath, o então Attorney General, autoridade responsável pela inclusão dos seus nomes na lista, com o objetivo da retirada dos seus nomes e sustentando a falta de razões legítimas que justificassem sua caracterização como desleais ao país. A ação foi indeferida pela District Court e sua decisão foi mantida pela Court of Appeals. A Suprema Corte, porém, derrubou a decisão argumentando que a falta de audiência caracterizava uma violação ao direito constitucional ao Due Process, entendido aqui como uma fórmula de conteúdo aberto, permeado de historicidade, que remonta aos ideais de razoabilidade que devem reger as relações em sociedade.

Além da abstração em seu conteúdo, como norma constitucional, o devido processo legal goza de forte dimensão política, isso expresso naturalmente na sua indeterminação conceitual, que não apenas é ampla, mas é bastante politicamente volátil. O devido processo legal funciona como elemento legitimador da atividade política estatal e, como tal, limitação inerente à atividade política em suas três funções, haja vista a processualidade inata a elas.

⁹ Segue trecho do voto (p. 341): "The requirement of "due process" is not a fair-weather or timid assurance. It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But "due process," unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing, as it does in its ultimate analysis, respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, "due process" cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, "due process" is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process."

Ainda, como já referido, o devido processo legal foi colocado no Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), configurando, por isso, cláusula pétrea e gozando de imutabilidade. Indo além, nos arriscamos a dizer que pelo critério da finalidade, o devido processo legal é uma garantia, não um direito, pois as garantias asseguram a existência de direitos, da mesma forma que o devido processo legal assegura o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade, a produção de provas, etc.

Como segunda característica, o devido processo legal é uma norma da espécie princípio. Isso quer dizer que, sendo um princípio, pode ser satisfeito de diversas formas, não de uma estrita maneira prevista numa hipótese fática; há graus de satisfação de um princípio a depender da conjuntura dos outros princípios aplicáveis – as condições jurídicas. Isso pode ser mais bem entendido se falarmos aqui da colisão de princípios, isto é, no caso de dois princípios serem alegados contrariamente num mesmo caso, não se trata de um problema de validade e sim de peso (ALEXY, 2011, p. 94); nenhum dos dois princípios será afastado, mas serão ponderados; ambos continuam válidos e vigentes, ambos serão aplicados naquele mesmo caso, proporcionalmente, mesmo que sejam materialmente divergentes.

O que ocorre nesses casos é que um dos princípios terá precedência em relação ao outro naquele caso concreto, mas o outro princípio também deve ser ao máximo satisfeito, isso quer dizer que os princípios estão sempre imperando – são mandamentos otimizadores -, aplicando-se e guiando todos os fatos, e em caso de conflito, ambos serão aplicados na medida de sua prevalência determinada pelas situações fáticas e jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 93-94)

Impossível não notar o destaque do casuísmo dessa concepção. Como já dito, os princípios só funcionam segundo a singularidade dos casos concretos. Por isso, acerta Bonavides (2009, p. 426) ao dizer que a ponderação se assemelha à tópica enquanto uma *techné* do pensamento que se orienta ao problema.

Assim surge a ponderação de princípios – o princípio da proporcionalidade - como instrumento de solução do confronto de princípios num determinado caso concreto. Nas palavras claras de Barroso (2009, p. 305):

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Considerando-se os princípios como topoi, o princípio da proporcionalidade opera no manejo desse catálogo para a obtenção de soluções sempre se guiando pelo problema, ou seja, dos fatos às normas. É nesse sentido que afirma Alexy existir uma conexão entre a teoria de princípios e o princípio da proporcionalidade, que a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa. (ALEXY, 2000, p. 297).

Adiante veremos que o próprio devido processo legal pode atuar como critério de proporcionalidade, de maneira similar ao princípio da proporcionalidade. Nesse caso, o *due process* abandona a mera natureza principiológica e passa a ser metarregra do sistema, ou, na terminologia de Humberto Ávila (2012, p. 142-144), um postulado normativo.

Como terceira característica, destacamos a dimensão procedimental do devido processo legal, isto é dizer que o devido processo legal se preocupa com a garantia de uma série de direitos e princípios processuais relevantes. Dessa forma, o devido processo legal é o gênero do qual derivam todos os princípios processuais.

O devido processo legal abarca, assim, o princípio da legalidade procedimental, aquela ideia inicial da cláusula do *due process* em sua origem, como a garantia do procedimento previsto no direito. Desde já, cumpre dizer que a legalidade é fundamento mesmo do Estado de Direito, é a base do republicanismo e o norte maior da atividade administrativa, que encontra na lei seu fundamento de validade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 211).

A legalidade processual não pode se resumir à mera conformidade à lei, pois o devido processo legal é, antes de legal, devido, isto é, adequado à realização dos escopos do processo. O devido processo legal só pode ser amplamente compreendido através de uma teoria valorativa guiada pela noção de justiça, podendo-se falar, então, de uma garantia de processo justo ou equitativo, ou de um “direito a um processo justo”. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 433):

Em termos gerais - e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade -, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de causas e outras (...). Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – *due process* (...).

A lição de Canotilho nos abre os olhos para a amplitude que tem o *due process* mesmo apenas em sua dimensão processual. Nela percebemos não só o acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição, mas também o contraditório e a ampla defesa.

A inafastabilidade da jurisdição é, junto com a proibição do *non liquet*, condição de fechamento operacional do direito na medida em que tornam constante a resolução de litígios intra-sistemicamente (FRAGA, 2015, p. 152). Pela inafastabilidade se entende a garantia que tem todos os cidadãos de levarem seus pleitos ao judiciário, é a garantia de jurisdição, síntese do acesso à justiça, que devemos entender aqui como o acesso a uma tutela jurisdicional que vise ao escopo maior do processo, a pacificação social com justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 120).

O princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88) não é apenas o direito de ação e a exigência do juiz natural, mas é também concretizado no próprio acesso à justiça, na ideia de um fornecimento de uma tutela jurídica qualificada, pois, como assevera Didier (2010), “o princípio da inafastabilidade garante, ainda, uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.”

Não comporta o tamanho deste estudo uma análise completa de todo princípio, direito ou garantia que emana do devido processo legal em sua vertente procedimental, pois tal princípio funciona efetivamente como um holofote irradiador de diversas prerrogativas garantidoras de um processo justo e paritário, como se observa, por exemplo, do voto do Min. Celso de Mello no Mandado de Segurança 26.358-MC/DF, impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União que indeferiu em processo de Tomada de Contas Especial requerimento do impetrante para realização de prova pericial. Em seu voto, o Ministro defere a medida cautelar por reconhecer um direito constitucional à prova derivado da garantia do *due process of law*, assim como vários outros direitos que compõem seu conteúdo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 7).¹⁰

¹⁰ Trecho do voto: “O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto- incriminação); e (l) direito à prova.”

Há, por fim, uma quarta característica que é, em oposição à dimensão procedimental, uma dimensão substantiva do princípio do processo devido. Por dimensão substantiva, ou devido processo legal substantivo, compreende-se a visão do devido processo legal como standard de razoabilidade e proporcionalidade.

Primeiramente, importa ressaltar que essa divisão entre devido processo legal procedimental e substantivo não é uma diferença entre forma e conteúdo. Na verdade, essa é uma divisão material do due process, de maneira que todo conteúdo relativo ao procedimento, às garantias dos sujeitos do processo, aos meios de defesa, entre outras, são parte da dimensão procedimental; de outra banda, a dimensão substancial se importa com a razoabilidade daquilo que se coloca sob o crivo do princípio; um tem a ver com direito processual e outro com direito material. Como define Tavares Pereira (2007, p. 8):

A Doutrina do Devido Processo Substantivo afirma, em primeiríssimo lugar, que a clausulado devido processo não apenas impõe a observância de procedimentos retos – garante direitos procedimentais básicos – mas que também exige que o poder se contenha diante de direitos subjetivos básicos substantivos, como os direitos de liberdade de expressão e de religião, por exemplo.

O indivíduo tem o poder de possuir ou fazer certas coisas, mesmo que o desejo do Estado seja em sentido contrário. E isso exprime a ideia de substantividade.

Por exemplo, num processo administrativo para a anulação do confisco de medicamentos de uma farmácia, a questão da necessidade de defesa técnica do prejudicado é uma questão de devido processo procedimental, enquanto a discussão sobre se o confisco foi devido quando a simples multa, medida menos gravosa, era possível ao administrador, é uma questão de devido processo substantivo.

A Suprema Corte Estadunidense, costumava entender o devido processo legal em seus primórdios de uma forma restritiva, conforme a tradição da Magna Carta, isso é, como uma garantia do procedimento normativamente previsto (WOLFE, 1991, p. 183 – 193). Essa concepção começou a mudar a partir do caso *Calder v. Bull*, de 1798, ocasião em que a corte decidira que atos normativos, tanto legislativos quanto administrativos, que ofendesse direitos fundamentais, ofenderiam também o due process (substantivo), devendo ser pronunciados nulos (DAMACÊNO, 2007, p. 71).

O caso que sedimentou clara e firmemente o entendimento na Suprema Corte, porém, foi o *Lochner v. New York de 1905*. No caso, um empregador havia sido condenado por ter agido contrariamente a uma lei nova-iorquina que limitava o tempo de trabalho semanal dos empregados. *Lochner* havia aceitado

que um empregado trabalhasse como padeiro mais de sessenta horas semanais, o que não era permitido pela lei. A lei não permitia que o padeiro trabalhasse mais de dez horas diárias. Na decisão, a corte reconheceu que a lei afetava a liberdade do empregador e do empregado e que, por força da emenda XIV, deveria observar o *due process*.

Em apertada síntese, a corte entendeu que existe um espaço para interferência estatal por meio da lei quando essa lei vise a proteger um bem jurídico equivalente ou maior (vida, saúde, etc.) e que, invariavelmente, sempre haverá a questão sobre o que deverá prevalecer, o direito de liberdade contratual e de trabalho, ou o direito de regulação estatal. Esse exercício de determinação do peso de cada direito em choque a corte chamou de devido processo legal, observar o *due process* é ter uma justificativa de peso para uma restrição à vida, liberdade ou propriedade para que ela seja válida. Há sempre um limite para ação estatal, e, na concepção da decisão, esse limite é representado pelo *due process*. A corte analisou que o escopo da lei era a proteção à saúde dos padeiros, mas que essa justificativa não se sustentava, pois não havia indícios estatísticos de que um padeiro sofresse demasiado dano à saúde trabalhando mais de dez horas diárias a ponto de se restringir sua chance de ganhar mais dinheiro, o que levou a corte a concluir que (U.S. SUPREME COURT, 1905, p. 198):

(...) o limite do poder de polícia foi atingido e ultrapassado no caso. Não há, no nosso julgamento, fundamento razoável para afirmar que isso é necessário ou adequado como uma lei de proteção à saúde pública, ou à saúde dos indivíduos na atividade de panificação. (...) É preciso mais do que o mero fato da possível existência de uma pequena insalubridade para garantir a interferência legislativa na liberdade.¹¹

Essa dimensão substantiva do *due process* desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, que o caracteriza como essência da legalidade dos comandos do poder público, aproxima-se bastante dos hoje tão correntes princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹². Luís Roberto Barroso, que identifica razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos (diferindo,

¹¹ Tradução própria do original: “We think the limit of the police power has been reached and passed in this case. There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be necessary or appropriate as a health law to safeguard the public health or the health of the individuals who are following the trade of a baker. (...) There must be more than the mere fact of the possible existence of some small amount of unhealthiness to warrant legislative interference with liberty.”

¹² Assim explica Caio Tácito (1996, p. 2) em conferência proferida no Conselho Técnico da Conferência Nacional do Comércio: “A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos desta natureza, o requisito do *due process of law*, o devido processo legal, como essência da legalidade

apenas, na origem), afirma mesmo que a razoabilidade tem seus fundamentos e sua origem no devido processo legal substantivo, na sucessão de precedentes na história constitucional norte-americana (BARROSO, 2010, p. 305).

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa aproximação entre devido processo legal substancial e proporcionalidade na aferição da constitucionalidade de atos normativos. No RE 374.981, que versa sobre a constitucionalidade de sanções políticas previstas em lei para forçar o pagamento de tributos por contribuintes inadimplentes, a conhecida coerção indireta, o relator Min. Celso de Mello proferiu elucidativo voto decidindo pela inconstitucionalidade das sanções e fundamentando-se na vedação aos excessos legislativos trazida igualmente pelo due process e pela proporcionalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005)¹³.

Em suma, a dimensão substantiva do due process é um mecanismo de combate ao abuso de poder, uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal,

dos comandos da autoridade. (...) Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste de racionalidade (rationality test) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (reasonableness standard) como aferição da legalidade da legislação. (...) Em várias outras decisões equivalentes, a Corte Suprema, conforme esclarecem ROTUNDA, NOWAK e YOUNG, consagrou o entendimento de que 'uma lei que nega benefícios a novos residentes meramente para dar preferência aos antigos residentes não sobreviverá ao teste de racionalidade, porque o desejo de discriminar não é um interesse legítimo e, portanto, esta lei não terá uma relação racional com um legítimo objetivo governamental'. (...) Em sentido equivalente, o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais."

¹³ Ementa:

SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTOS (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

impedindo que o Estado atue fora dos limites que foram colimados a ele pela ordem constitucional. O Estado deve atuar com equilíbrio, sem excessos, razoável e proporcionalmente (CARVALHO FILHO, 2016, p. 44).

4. CONCLUSÃO

O devido processo legal nasce com a Carta Magna de 1215, originalmente como o direito da terra, preocupado com a segurança jurídica e a manutenção das leis criadas pelos reis ingleses que se sucediam. *O due process* se manifestou, de uma ou outra maneira, formal ou materialmente, em cada Constituição que fez a história do Estado brasileiro, e especialmente na Constituição Cidadã de 1988, que o cristalizou como cláusula pétrea.

Assim, em nosso ordenamento jurídico o devido processo legal é um princípio constitucional. Como princípio tem fórmula fluida, é mandado de otimização sujeito a circunstâncias fáticas e jurídicas. E como cláusula pétrea constitucional goza da imutabilidade própria das normas de sua importância, além da supralegalidade que o posiciona no vértice do nosso ordenamento jurídico.

Ainda, o devido processo legal possui duas dimensões igualmente importantes ao nosso direito. Pela sua dimensão substancial, o *due process* é postulado normativo de caráter cogente, que guia e limita a atuação do Estado com seus parâmetros de razoabilidade tão bem desenvolvidos na jurisprudência da Suprema Corte Americana em torno da Emenda XIV. Na dimensão procedimental, é norma que baliza a processualidade estatal garantindo um processo justo, com paridade de armas para os interessados e efetiva participação e cooperação.

Conclui-se, então, que o devido processo legal funciona de forma ampla como parâmetro de legitimidade da ação estatal, pois o Estado sempre manifesta sua vontade soberana através de um processo (legislativo, judicial ou administrativo) que, de maneira ideal, deve ser justo ao possibilitar: 1) a previsão de um encadeamento de atos para a realização de determinado fim, de maneira a gerar segurança jurídica; 2) Em regra, a participação de mais de um sujeito para a formação final do ato; 3) A produção de resultado unitário com base dialógica cidadã; 4) disciplinamento de controle para a contenção dos abusos de poder e desvios de finalidade (SANTOS, 2012, p. 85).

O princípio do devido processo legal atua como ampla garantia desses elementos, criando um sentimento de aceitação das decisões estatais, pois opera como um meio aplacador da incerteza da decisão, garantindo segurança jurídica e legitimidade para as manifestações estatais (LUHMANN, 1983, p. 232).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. vol. 13, n. 3. Ratio Juris, 2000.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AQUINO, Rubim Santo Leão; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos; FRANCO, Denize de Azevedo. História das Sociedades – Das comunidades primitivas às sociedades medievais. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009.

BRITISH LIBRARY. English Translation of Magna Carta. Disponível em: < <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2016.

BYRD, Sharon. Einführung in die Anglo-Amerikanische Rechtssprache – Band I. 3ª ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª edição comemorativa. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAMACÊNO, Régina Mágnia Barreto. O devido processo legal e sua realização no processo administrativo [Dissertação de Mestrado]. Osasco: UNIFIEO, 2007.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. Revista Forense, v. 116, 1948.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil – vol. 1 - introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Associação Brasileira de Direito Processual, 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5806-sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo-adequacao-e-adaptabilidade-do-procedimento>> Acesso em: 30 de novembro de 2017

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. Revista de Direito Administrativo, 209. Rio de Janeiro, 1997.

FRAGA, Vitor Galvão. O direito, essa minha nuvem negra – breve reflexão sobre o âmbito infinito de incidência. In VIANA, Raphael Fraemam Braga (org.). Reflexões do Direito Civil – teoria geral do direito privado. Recife: Bagaço, 2015.

FREDERICO MARQUES, José. A garantia do “due process of law” no direito tributário. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, jul./set. 1968.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUROW, Keith. Untimely thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. The American Journal of Legal History, vol. 19, n. 4, outubro de 1975.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014.

LUHMANN, Niklas. Legitimation durch Verfahren. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

MCKECHNIE, William Sharp. Magna Carta – a commentary on the great charter of King John. 2ª ed. Glasgow: James Maclehose and Sons, 1914.

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Desapropriação, interesse público e controle judicial. Interesse Público (Impresso), v. 96, 2016.

OGDEN, Lucas Kent. Uniting the states – a commentary on the American Constitution. 3ª ed. Norderstedt: BoD, 2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido Processo Substantivo. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 2, n. 3, 2007.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido Processo Substantivo. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 2, n. 3, 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez . Evolução Histórica do Devido Processo Legal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 46, n. 0., 2007.

REALE, Miguel. Licções preliminares de direito. 12ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 1985.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SANTOS, Marcos André Couto. O processo administrativo e as reformas processuais no Brasil – a litigância em face do poder público. Revista dialética de direito processual, vol. 110. São Paulo: 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

SMITH, George P. Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition? University of Puget Sound Law Review, v. 2, 1979.

STUBBS, William. Germany in the early middle ages, 476-1250. Londres: Longmans, Green, and Co., 1908.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 26.358-MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. 27 de fevereiro de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. RE 374981/RS. Rel. Min Celso de Mello, DJ 28/03/2005.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1996.

U.S. SUPREME COURT. Barron v. Mayor & City Council of Baltimore. 32 U.S. 243. 1833.

U.S. SUPREME COURT. Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath. 341 U.S. 123. 1951.

U.S. SUPREME COURT. Lochner v. New York. 198 U.S. 45.1905.

WASSERMAN, Rhonda. Procedural Due Process – a reference guide to the United States Constitution. Connecticut: Greenwood, 2004.

WOLFE, Christopher. La transformacion de la interpretacion constitucional. Madri: Editorial Civitas, 1991.

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Times New Roman, corpo 11, sendo tiragem de
230 exemplares,
capa impressa em papel Triples 250 gr/m² e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m²
Produzido na Gráfica e Editora Canaã Ltda.
em dezembro de 2018.
Fone: 55 81 3439-7671
[www. editoracanaa.com](http://www.editoracanaa.com)
