



Revista Jurídica

da Seção Judiciária
de Pernambuco

Número 14

2022

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



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 14
2022

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
CLAUDIO KITNER

Juíza Federal Vice-Diretora do Foro
POLYANA FALCÃO BRITO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
CLAUDIO KITNER
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:
ANA PAULA GONÇALVES BRITO

Capa
ANA BEATRIZ NUNES DE AGUIAR

Arte da Capa
JÚLIA COSTA – Servidora Aposentada da JFPE

Editoração Eletrônica
MATEUS ROCHA

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. 14 (2022) Recife, 2022

Anual

ISSN 1984 – 512X

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

CDU 34(05)

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Alexandre Luna Freire**

Corregedor

Desembargador Federal **Élio Siqueira Filho**

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**

Desembargador Federal **Roberto Wanderley Nogueira**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

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

Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Moura Siqueira
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Carlos Vinícius Calheiros Nobre
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues

Juízes Federais Substitutos:

Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Guilherme Soares Diniz
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Rafael Tavares da Silva
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Fernando Braz Ximenes
Jaime Travassos Sarinho
José Joaquim de Oliveira Ramos
Marília Cofferri
Denis França
André Jackson de Holanda Maurício Júnior
Fábio Bezerra Rodrigues
Vlândia Maria de Pontes Amorim

APRESENTAÇÃO

É uma honra poder anunciar a publicação da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco na sua edição de 2022. Trata-se de uma edição geral, que abrange diversos temas, todos de alguma forma relevantes para aqueles que atuam na Justiça Federal, mas igualmente muito importantes para a comunidade jurídica como um todo.

O Conselho Editorial efetuou um estudo detalhado dos artigos, analisando o conteúdo, a forma, a bibliografia, a relevância, além de diversos outros aspectos do grande número de trabalhos submetidos, tendo a grata satisfação de se deparar com excelentes pesquisas. Finalizou por recomendar a publicação de dezoito trabalhos que contribuem para o debate, acadêmico e profissional, no direito brasileiro.

Nesta edição a revista proporciona ao leitor profundo pensamento sobre assuntos interessantíssimos. Um dos artigos aprecia o princípio da legalidade penal, a sua vertente da lei certa e, de alguma forma, termina tratando do problema das diferentes interpretações do direito penal em face de eventual imprecisão ou vagueza de textos penais incriminadores.

Outro artigo cuida do recente problema das contratações emergenciais decorrentes da pandemia da Covid-19, focando na controvérsia sobre a fidedignidade dos parâmetros dos preços contratados. A questão foi objeto de muitos debates não apenas no cenário jurídico nacional e regional, mas também na imprensa e na sociedade, o que mostra o seu alto nível de impacto social.

Em tempo de robustez das redes sociais, a alta relevância de outro trabalho é muito evidente. Ele aborda a eficácia contra todos do direito à privacidade, traçando o desenrolar histórico desse direito para chegar a inquietações sobre os seus contornos nos dias de hoje.

Além das pesquisas citadas, as demais estudam os mais diversos ramos do direito. Dentre eles, a teoria do direito, o direito processual civil e penal, o direito civil, inclusive de forma comparada ao alemão, tributário e até mesmo direito militar. Há, outrossim, mais de uma abordagem sobre o Poder Judiciário, tudo mostrando não só variedade, mas também um nível de excelência da Revista.

Tobias Barreto, um dos ícones de um movimento que ficou conhecido como Escola do Recife, muitas vezes foi de encontro ao pensamento jurídico então dominante, sendo discriminado, não só por isso, mas também por isso. Porém, o seu pensar crítico valeu a pena, servindo de exemplo para a atualidade. Algumas passagens de determinados artigos selecionados agem dessa forma. Certos ou errados, espero que sirvam como fonte de profunda reflexão sobre os assuntos tratados.

A Justiça Federal em Pernambuco, especialmente o Conselho Editorial, com o apoio da Direção do Foro, está de parabéns pela obra produzida. Não tenho dúvidas que será de grande valor para a comunidade jurídica em geral.

Jorge André de Carvalho Mendonça

Juiz Federal

SUMÁRIO

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS: A CONTROVERSA FIDEDIGNIDADE DOS PARÂMETROS DE PESQUISA ADOTADOS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Alice Aragão Magalhães..... 11

LEGALIDADE PENAL E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Allan Endry Veras Ferreira..... 23

GOVERNANÇA DE DADOS ABERTOS NO PODER JUDICIÁRIO: SOLUÇÃO DE EFICIÊNCIA E TRANSPARÊNCIA

Daniela Bandeira de Freitas..... 53

A DEPENDÊNCIA MILITAR E O *SLOGAN* DO DENOREX – “PARECE, MAS NÃO É!”

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz 75

(IN)EFICÁCIA DA CONTA COVID COMO MEDIDA PARA SOLU- CIONAR OS IMPACTOS, NO SEGMENTO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, DECORRENTES DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E DAS INTERVENÇÕES DO GOVERNO PARA O SEU ENFRENTAMENTO

Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues 115

**CONCILIAÇÃO SOB O PARADIGMA DA COMUNICAÇÃO
NÃO VIOLENTA (CNV): A EXPERIÊNCIA DO CENTRO JUDI-
CIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CE-
JUSC) DA JUSTIÇA FEDERAL EM PETROLINA/PE**

Danielly Barros Beserra 127

**OS SINAIS DE NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚ-
BLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Diego Fernandes Guimarães 144

**A PROTEÇÃO DO IDOSO NO MERCADO DE CONSUMO DE CRÉ-
DITO PESSOAL CONSIGNADO**

Ethel Francisco Ribeiro 167

**TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA: CONTRIBUIÇÕES PARA
UM ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO**

Felipe de Souza Costa Cola 186

**O PODER JUDICIÁRIO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE: A
GESTÃO DA COMUNICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS**

Ítala Colnaghi Bonassini Schmidt 206

**ASPECTOS DOGMÁTICOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERA-
ÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE PRELIMI-
NAR DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO INCIDENTE**

Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra 222

A RELAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS

Leonardo Estevam de Assis Zanini e Odete Novais Carneiro Queiroz..... **233**

FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA

Leonardo Estevam de Assis Zanini **267**

A DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO (ART. 157, §5º, DO CPP): ESTUDO DOUTRINÁRIO ACERCA DE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Maria Fernanda Campello de Souza..... **307**

A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DO DIREITO À PRIVACIDADE NA DIALÉTICA HISTÓRICA

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos **340**

A LUTA PELO DIREITO: O CASO DO CASARÃO DA TAMARINEIRA

Regina Edith Ferreira Lima..... **359**

PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS ABUSIVOS NO CENÁRIO DESPORTIVO: REVISITANDO OS TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE ELISÃO E EVASÃO FISCAL

Sérgio Victor Mendes de Alcântara e Solon Flores Bessony de Sousa..... **388**

MEDIDAS EXECUTIVAS NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS: PARA ALÉM DA PRISÃO COMO MEIO COERCITIVO

Vitória Thaysa Freitas de Sá e Vinicius Silva Lemos..... **407**

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS:
A CONTROVERSA FIDEDIGNIDADE DOS PARÂMETROS
DE PESQUISA ADOTADOS PARA O ENFRENTAMENTO DA
PANDEMIA DE COVID-19**

***EMERGENCY PUBLIC CONTRACTS:
THE CONTROVERTIAL TRUSTWORTHINESS OF PRICE RESEARCH
PARAMETERS ADOPTED TO CONFRONT CORONAVIRUS PANDEMIC***

Alice Aragão Magalhães

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do
Recife/UFPE
Estagiária do Ministério Público Federal

RESUMO: O presente artigo trata do contexto das contratações públicas para enfrentamento da pandemia de COVID-19. Para tanto, são abordados aspectos conceituais dos preços públicos e a importância de uma prévia estimativa de custos no âmbito dessas contratações. Municiados desse conhecimento, pretendemos discutir a fidedignidade dos parâmetros de pesquisa de preços adotados para equipar o aparato estatal para a pandemia de COVID-19, porquanto se irá demonstrar que os instrumentos normativos ora disponíveis não o assistem nesse sentido.

ABSTRACT: *The article deals with the context of public procurement to face the COVID-19 pandemic. For this purpose, conceptual aspects of public prices and the importance of a prior cost estimate within the scope of these contracts are addressed. Drawing on this knowledge, it is intended to discuss the reliability of the price research parameters adopted to provide the state apparatus with the COVID-19 pandemic, as it will be demonstrated that the normative instruments now available do not assist in this regard.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existe uma grande expectativa em torno do próprio conceito de Administração Pública que enseja no imaginário social a concepção de que a gestão do Estado funciona de modo solidamente estruturado. Isso porque, seja pela infinidade de normas definidoras de planejamento e organização social ou pela condução das políticas públicas, vislumbra-se a Administração Pública como instrumento de amparo, por meio do qual são satisfeitas as necessidades e anseios sociais. Não obstante, com o impacto da pandemia de COVID-19 nas relações socioeconômicas, implicando uma necessária readequação dos diferentes setores, o poder público não se quedou isento de tais alterações, sobretudo no que tange às contratações públicas para enfrentamento do estado de emergência na saúde pública.

O cenário das contratações públicas reflete a aplicação da teoria dos jogos¹, obra do matemático John von Neumann, na atuação dos agentes econômicos no mercado competitivo, bem como no processo de tomada de decisão. A estratégia eficiente apontada pela teoria consiste na maximização dos resultados esperados, levando-se em consideração o fenômeno a ser decidido e o comportamento dos integrantes. Trata-se, com efeito, de uma temática pertinente ao âmbito das contratações públicas, haja vista que, a despeito das limitações burocráticas impostas aos certames, constitui papel do gestor público manejar os artifícios necessários para garantir o resultado mais satisfatório à Administração Pública.

Nesse contexto, a obrigatoriedade das pesquisas de preço nas contratações públicas mediante licitação ou durante a gestão contratual, preceituada pela Lei nº 8.666/93, decorre de um fundamento lógico-econômico baseado na redução de assimetria de informação entre o ente público, o agente contratante e o fornecedor. Considera-se, portanto, um mecanismo por meio do qual o poder público torna-se ciente da situação aproximada do mercado. Nesta senda, dispõe o artigo 15 desta lei que os preços considerados como de referência serão os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, devendo o registro de preços ser

1 “[...] a teoria dos jogos ajuda a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos. Tudo isso em benefício dos cidadãos”. FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: para cursos de administração e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

precedido de uma ampla pesquisa de mercado². Assim, as justificativas sobre os preços são firmadas com fundamento nas estimativas de custos, sendo necessária a observância de tal procedimento, ainda que nas hipóteses de contratação direta.

Em 2014, o então Ministério do Planejamento, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, elaborou a Instrução Normativa nº 05/2014, posteriormente alterada pela Instrução Normativa nº 03/2017, com a finalidade de estabelecer parâmetros ao direcionamento da pesquisa de preços na prática administrativa, tradicionalmente realizada por meio de uma pesquisa de mercado baseada em três orçamentos distintos³. Com efeito, fato a merecer destaque, à luz do debate ora proposto, advém que a adoção de tais parâmetros decorreu, sobretudo, da percepção de que uma pesquisa de preços baseada nessa operação tradicional implicava pouca fidedignidade e alto custo burocrático, porquanto a conceituação do preço como transmissor de informações constitui uma abordagem bastante controvertida, haja vista que, sendo um fator dinâmico e flexível, não há garantias de precisão do resultado alcançado. Nesse sentido, os desafios enfrentados pelos órgãos de controle e fiscalização das contratações públicas relacionam-se diretamente à volatilidade do fenômeno preço.

Sucedendo, em condições típicas, já se demonstra deveras dificultoso à Administração Pública lidar com as dinâmicas da precificação; com o impacto da pandemia de COVID-19, inevitavelmente, as controvérsias relacionadas às pesquisas de preço nas contratações públicas tornaram-se ainda mais latentes. Prova disso, com a publicação da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, foi declarada a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), oficializando-se, portanto, a adoção das medidas necessárias para dinamizar e otimizar o procedimento de contratação pública, haja vista os impasses implicados no provimento à estrutura

2 Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: inciso V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública; § 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm

3 Art. 2º. A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>; II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-5-de-27-de-junho-de-2014-revogada-pela-in-no-73-de-2020>

administrativa dos bens e serviços indispensáveis ao enfrentamento do novo coronavírus (SARS-CoV-2/COVID 19).

Destarte, se os instrumentos normativos editados para regulamentar a atuação do poder público diante da pandemia não garantem a contenção dos riscos sociais e econômicos inerentes ao enfrentamento desse cenário, a confiabilidade das justificativas de preço apresentadas pelo poder público representa uma problemática a merecer criteriosa explanação.

1. CONCEITUAÇÃO E ABRANGÊNCIA DO FENÔMENO PREÇO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Aduz o economista norte-americano Gregory Mankiw tratar-se a economia de um processo de *tradeoff*, isto é, o enfrentamento de tomada de decisões que exige a escolha de um objetivo em detrimento do outro. Segundo esse autor, o equilíbrio dos preços deriva, justamente, das escolhas realizadas e de como elas se ajustam no tempo e no espaço.

Em linhas gerais, no âmbito das contratações públicas, os preços são definidos em três categorias: 1) preços de referência; 2) preços de mercado; 3) preço licitado. Tal segmentação compreende uma cadeia lógica, porquanto a justificativa de preços empreendida pela Administração Pública decorre justamente da preparação de um arcabouço para o encontro desses fatores, ou seja, é a partir da pesquisa entre os licitantes, tomando-se por base a comunicação entre os preços de referência e os preços do mercado, que se obtém o preço transacional, resultante da negociação para a concretização da compra.

Partindo desse cenário, define-se como preço de referência a espécie de parâmetro imposta no âmbito das contratações, obtida com base em uma “cesta de preços variáveis” a fim de balizar os preços praticados no mercado. Significa dizer, portanto, que a Administração Pública estipula um valor referencial acerca do produto ou serviço a ser adquirido, sobre o qual ainda incidirão os comandos do mercado. Como fonte a ser perquirida, a Lei de Licitações, nº 8.666/93 faz referência à exigência de que, sempre que possível, as compras realizadas pela Administração Pública sejam balizadas pelos preços praticados por outros órgãos ou entidades dessa estrutura, restando uma cristalina inferência sobre a importância de um preço referencial preliminar.

Paralelamente, o preço de mercado conceitua-se como o preço formado a partir do equilíbrio entre os interesses antagônicos dos consumidores e produtores, isto é, após a compatibilização dos mecanismos de mercado. Constitui, assim, o preço praticado no mercado pesquisado. Existem diferentes previsões para aferição do preço de mercado, dentre estas, destacam-se a disposição da Instrução Normativa nº 05/2014, que adota como resultado a média ou o menor dos preços obtidos no âmbito das pesquisas de preço, bem como o Decreto nº 7.983/2013, que define a mediana como parâmetro a ser utilizado para essa determinação. Em acréscimo a esse posicionamento, o Tribunal de Contas da União, com entendimento exarado no Acórdão 3068/2010, associa a média à mediana como medidas de tendência central para aferir os preços praticados no mercado.

Por sua vez, ao preço pelo qual o objeto foi adjudicado pela vencedora do certame dá-se a denominação de preço transacional, posto que infere a carga de negociações e procedimentos de mercado impostos até que tal preço seja alcançado. Por sua natureza, depreende-se, sobretudo, a exigência de um processo competitivo para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, associada à equação econômico-financeira entre as partes.

Há que se destacar, ainda, a distinção entre preço estimado e preço máximo, visto que, a depender da previsão editalícia de determinado certame licitatório, o valor orçado pode ser qualificado sob essas modalidades. De acordo com o art. 40, inciso X, da Lei nº 8666/93, o preço máximo pode ser estipulado de modo opcional, contanto que, em sendo estabelecido, seja divulgado no edital e figure como limite para apresentação de propostas, as quais serão desclassificadas se superiores a ele forem. O preço estimado, por sua vez, é obrigatório para as modalidades de Convite, Tomada de Preços e Concorrência, contudo não constitui limite para as propostas.

Dessa forma, verifica-se que o cerne para a compreensão das contratações públicas emergenciais em face da pandemia de COVID-19 – senão de todas as modalidades de compras públicas – decorre do quanto se pode depreender do fenômeno preço. Isso porque, a despeito de considerarmos o equilíbrio nos termos abordados pelo referido economista, sabe-se que esse fator, enquanto transmissor de informações, não é capaz de refletir todas as nuances relativas à particularidade do licitante contratado.

Sob esse aspecto, seria contraproducente conjecturar todas as margens de preço sem uma efetiva pesquisa dos que são praticados no mercado. Em primeiro lugar, por

ferir o princípio da economicidade e o dever de observância à proposta mais vantajosa à Administração Pública; em segundo, porque a pesquisa de preços, ainda que nas contratações emergenciais – a depender dos parâmetros adotados nos procedimentos mais simplificados –, garante maior fidedignidade ao certame licitatório.

2. PROCEDIMENTO DE PESQUISA DE PREÇOS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Por todo o exposto quanto aos aspectos conceituais do preço, a estimativa de custos – ou pesquisa de preços – constitui uma obrigatoriedade no âmbito das contratações públicas por, baseando-se em um fundamento lógico-econômico, reduzir a dissonância de informações entre o licitante, o gestor público responsável e o ente público.

Noutros termos, a ciência sobre a situação do mercado, a partir de uma idônea estimativa de custos, permite evitar a ocorrência de sobrepreço ou de propostas inexequíveis.

Conforme mencionado no início deste trabalho, tradicionalmente, por determinação do Ministério do Planejamento a partir da elaboração da Instrução Normativa nº 05/2014 (alterada pela Instrução Normativa 03/2017), a pesquisa de preços a ser realizada para contratações públicas deve observar os seguintes parâmetros:

- painel de preços, disponibilizado, na Internet, pelo Executivo Federal;
- contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos **nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;**
- pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou
- pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

Observa-se, portanto, que o procedimento administrativo para a pesquisa de preços atende a uma formalização própria, orientada pela jurisprudência do Tribunal

de Contas da União com o escopo de garantir fidedignidade e representatividade à aferição dos preços praticados no mercado. Seguindo esse entendimento, a Advocacia Geral da União, no Parecer nº 12/2012, elaborou um roteiro para normatização da estimativa de custos:

II - Com o intuito de disciplinar a correta instrução dos autos com a pesquisa de preço adequada, é recomendável que a administração edite ato normativo interno, disciplinando os seguintes aspectos:

a) indicação do setor responsável pela realização da pesquisa de preços;

b) definição de modelo de formulário de pesquisa de preços, que imponha a indicação da empresa consultada, com a sua qualificação completa, ramo empresarial a que se dedique, e indicação dos seus sócios;

c) determinação de padrão de análise das pesquisas de preços, e a responsabilidade pela execução deste estudo.

(Parecer nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU)

Há que se ressaltar ainda que, inclusive nas contratações diretas, faz-se a exigência de uma prévia estimativa de custos, demonstrando-se, portanto, a confiabilidade que se garante a esse procedimento.

3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19

Diferentemente do setor privado, cujas relações comerciais gozam de maior discricionariedade, o poder público deve observar procedimentos formais prévios para suas contratações, visando à obtenção da melhor proposta possível. Destarte, em um contexto de crise, no qual as demandas são emergenciais e necessitam de pronto atendimento, surgem diferentes indagações no tocante a: i) como municiar o aparato estatal para o enfrentamento da ascensão da pandemia; ii) como regulamentar as aquisições realizadas pelas entidades administrativas; iii) quais os recursos públicos para tal; iv) qual o montante disponível para tal finalidade, levando-se em

consideração, ainda, a necessidade de justificar as contratações públicas a partir da apresentação de uma estimativa de custos.

Sendo assim, em face da emergência do novo coronavírus, as contratações públicas sofreram abrupta adaptação, sobretudo em razão das oscilações de preços dos insumos e dos serviços considerados vitais ao combate da disseminação avassaladora do vírus. Nesse cenário, importa analisar os parâmetros normativos impostos a tal procedimento, levando-se em consideração aspectos conceituais do “preço” como transmissor de informações, bem como as implicações da adoção de modelos de pesquisa mais simplificados pelas entidades da Administração Pública com o intuito de justificar os preços das demandas emergenciais ora impostas.

Diante dessa conjuntura, debater a problemática das pesquisas de preço nas contratações públicas em tempos de pandemia enseja a reflexão acerca do futuro da Administração Pública, porquanto os preços atualmente contratados reverberam na realocação de recursos no pós-pandemia, implicando, inevitavelmente, a reestruturação do poder público para suprir os déficits econômicos e sociais provocados. Sendo assim, por mais simplificado, menos custoso e burocrático que seja o modelo de estimativa de custos adotado pelos órgãos de controle, é necessário que haja a percepção da atipicidade do período vivenciado, restando evidente que não há precedentes de contratações públicas suficientemente fidedignos que proporcionem, infalivelmente, o resultado mais eficiente.

Corroborando tal assertiva, a pesquisa realizada pelo Procon do município do Recife/PE demonstrou que, logo no início dos efeitos da pandemia no Brasil, as máscaras cirúrgicas e o álcool em gel sofreram reajustes no preço de até **316% e 194%**, respectivamente⁴. Como de conhecimento geral, esses produtos, anteriormente considerados ordinários, experienciaram uma ampliação abrupta de demanda, a qual não foi consonantemente acompanhada pelo aumento da oferta, provocando acentuada majoração dos preços em virtude desse desequilíbrio, restando evidente, portanto, que as estimativas baseadas durante o período de súbito reajuste tornaram-se pouco confiáveis para efeitos comparativos.

Considerando tal fato, órgãos de controle e fiscalização, como os Tribunais de Contas, enfrentam dificuldades nos processos de auditoria para apuração de sobrepreço e superfaturamento nas aquisições realizadas pelos governos estaduais e

4 <https://g1.globo.com/pe/paranambuco/noticia/2020/03/17/preco-de-mascaras-sobe-ate-316percent-e-alcool-em-gel-tem-aumento-de-ate-194percent-diz-procon-do-recife.ghtml>

municipais para o combate à pandemia. Asseveram a necessidade de adoção de novas metodologias, uma vez que os procedimentos tradicionais, baseados em condições de normalidade dos setores econômicos e sociais, não se demonstram razoáveis para direcionar as pesquisas de preço em tempos de pandemia⁵.

Outrossim, no âmbito normativo, o cenário reflete poucas certezas. A Lei nº 13.979/2020, com alterações impostas pela Lei nº 14.035/2020, define regras de desburocratização da fase de planejamento aventando a possibilidade de elaboração simplificada do termo de referência e do projeto básico. Além da permissividade para contratação direta mediante dispensa de licitação prevista na lei, o artigo 4º-E regulou relevantes considerações acerca da estimativa de preços. Em primeiro lugar, a estipulação de parâmetros para obtenção das estimativas, a exemplo da realização de pesquisas em sítios eletrônicos especializados para verificação de contratações similares por outros entes públicos (art. 4º, §1º, inciso IV). Ademais, fato a merecer destaque decorre da previsão do parágrafo 3º do referido artigo, possibilitando a contratação por preços superiores aos obtidos por meio da estimativa de custos em virtude das oscilações dos valores, desde que haja negociação prévia e devida fundamentação. Vale destacar a transcrição dos referidos dispositivos:

Art. 4º-E. Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no **caput** deste artigo conterà:

- I – declaração do objeto;
- II – fundamentação simplificada da contratação;
- III – descrição resumida da solução apresentada;
- IV – requisitos da contratação;
- V – critérios de medição e de pagamento;
- VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:

5 <https://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/302-2020/junho/5453-tce-desenvolve-metodologia-de-verificacao-de-sobrepreco-nas-auditorias-da-covid-19>

- a) Portal de Compras do Governo Federal;
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) sites especializados ou de domínio amplo;
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;

VII – adequação orçamentária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições:

I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Nesse contexto, no âmbito das contratações públicas emergenciais, a insuficiência de informações acerca do preço impede a aferição de uma estimativa de custos segura pela entidade pública. Verifica-se, então, uma cadeia lógica e cíclica de causa e consequência acerca da indefinição dos preços; de um lado, o desequilíbrio das curvas de oferta e demanda estorvam a estabilização de valores e, por conseguinte, a estipulação de um preço de referência; outrossim, a falta de informações impede o conhecimento acerca do mercado, e, tão logo, prejudica a negociação do preço transacional, firmado no procedimento de licitação ou mediante contratação direta.

Desse arranjo, um tanto quanto controverso, remanesce a indagação inicial no tocante à adoção de métodos menos burocráticos de pesquisa de preços para enfrentamento de uma situação incomparavelmente atípica. Como bem ressaltam

os autores Jacoby Fernandes, Teixeira e Torres, a problemática das contratações emergenciais tem por cerne a justificativa dos preços, uma vez que a possibilidade excepcional de majoração de custos ou a comparação com parâmetros que não experienciaram a mesma anormalidade não assiste nesse sentido⁶.

Destarte, se os instrumentos normativos editados para regulamentar a atuação do poder público diante da pandemia não garantem a contenção dos riscos sociais e econômicos inerentes ao enfrentamento desse cenário, a confiabilidade das justificativas de preços apresentadas pelo poder público representa uma problemática a merecer criteriosa regulamentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, não há como se negar a importância das pesquisas de preço para reduzir a assimetria de informação presente nas contratações públicas, inclusive quando realizadas de forma direta. Neste ponto, destaca-se que os fenômenos conceituais do preço, a saber, sua pertinência à formação de preços de referência, de mercado e transacionais, não são suficientes para garantir a observância ao princípio da economicidade e vantajosidade à Administração Pública, motivo pelo qual a estimativa de custos insere-se nessa sistemática como um fator de confiabilidade e fidedignidade à formação do preço referencial.

Não obstante, em face da necessidade de municiar o aparato estatal para enfrentamento da pandemia de COVID-19, o poder público, como personificação do Estado e atuando como mantenedor da ordem social e regulamentador da ordem jurídica, necessitou readaptar-se às condições impostas por um cenário crítico, com lacunas a serem prementemente preenchidas.

Assim, verifica-se que as condições anteriormente dispostas quanto ao equilíbrio das curvas de oferta e demanda para ajuste do preço já não se demonstram confiáveis, haja vista a atipicidade do período vivenciado. Desse modo, resta a indagação geral – ainda sem resposta legislativa – sobre a fidedignidade dos parâmetros de pesquisas de preço adotados para o enfrentamento da pandemia, visto que a simples comparação com cestas de preços variáveis que não experienciaram o mesmo cenário não transmite confiabilidade.

6 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito provisório e a emergência do coronavírus. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: para cursos de administração e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

Governo de Pernambuco. Portal da transparência de Pernambuco, 2007. Disponível em: <http://web.transparencia.pe.gov.br/>

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito provisório e a emergência do coronavírus**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia COVID-19**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Pesquisa de preços nas contratações públicas em tempos de pandemia**. Revista Brasileira de Direito Público [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos. **A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação – Inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Revista de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 111-141, jan./mar. 2014

TCE desenvolve metodologia de verificação preço nas auditorias da Covid-19. Tribunal de Contas Estado de Pernambuco, 2020. Disponível em: <https://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/302-2020/junho/5453-tce-desenvolve-metodologia-de-verificacao-de-sobrepreco-nas-auditorias-da-covid-19>

TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 10ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2019.

LEGALIDADE PENAL E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

CRIMINAL LEGALITY AND JUDICIAL DISCRETION: THE ROLE OF THE JUSTICE SYSTEM IN THE APPLICATION OF THE LAW

Allan Endry Veras Ferreira
Mestre pela Faculdade Damas
Juiz federal

RESUMO: O princípio da legalidade se desdobra em diversos sentidos e, especialmente quanto à dimensão lei certa, a proteção do indivíduo afasta a possibilidade de leis penais indefinidas ou obscuras. Nessa hipótese, a imprecisão das normas confere certo grau de liberdade ao juiz, porém, sempre observando os limites traçados pelo fundamento democrático do princípio da legalidade. Sob essa perspectiva, o presente artigo tem por fim examinar se a imprecisão ou a utilização de termos vagos na lei viola a estrita legalidade e qual o papel do sistema de Justiça na aplicação do direito no sentido de evitar o arbítrio e de conferir segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito penal. Teoria da norma. Legalidade. Discricionariedade judicial.

ABSTRACT: *The principle of legality unfolds in several directions and, especially regarding the aspect of legal certainty, the protection of the individual restrain the possibility of indefinite or obscure criminal laws. In these hypotheses, the vagueness of the rules grants a certain degree of discretion to the judge, although always observing the limits drawn by the democratic foundation of the principle of legality. From this perspective, this article aims to examine whether the discretion or the use of vague terms in the law violates strict legality, and what is the role of*

the justice system in the application of statutory law in order to avoid arbitrary act and provide legal certainty.

INTRODUÇÃO

Propõe-se, neste artigo, examinar se há espaço para a discricionariedade judicial no que se refere aos termos abertos existentes na legislação, além de sua compatibilidade com o princípio da legalidade penal.

Buscar-se-á apresentar o princípio da legalidade, com suas quatro funções, mas com especial enfoque na vertente “lei certa”, e sua importância para a dogmática penal e para o sistema de garantias do cidadão.

O objetivo geral do presente estudo é compreender se a imprecisão ou a utilização de termos vagos na lei viola a estrita legalidade penal e qual o papel do Sistema de Justiça Criminal na aplicação judicial do direito no sentido de evitar o arbítrio e de conferir um mínimo de segurança jurídica às relações sociais.

Inicialmente, expor-se-á o significado do princípio da legalidade, sob a perspectiva histórica e dogmática, com suas principais características, com relevo na esfera penal. Serão apresentadas também as quatro vertentes do princípio da legalidade. Logo em seguida, buscar-se-á delinear a existência e em que medida é conferida a discricionariedade judicial, bem assim sua compatibilidade com a legalidade estrita na esfera penal. Expor-se-á, ainda, o papel do Sistema de Justiça Criminal na formação da unidade do direito. Por fim, em uma análise qualitativa e de modo a conferir a atuação da corte quanto à coerência no enfrentamento dos casos, serão examinados julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do conceito de ação no contexto de concurso de crimes. Esses serão os objetivos específicos.

É por meio do método dedutivo, partindo do geral para o particular, que se pretende testar a hipótese. A principal técnica a ser utilizada é a revisão da literatura penal e a pesquisa de julgados da Corte Suprema de Justiça.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

De acordo com o princípio da legalidade consagrado pela Constituição do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

lei” (CF, art. 5º, II), possuindo esse princípio, inclusive, vários desdobramentos em campos específicos (penal, tributário etc.)¹.

Como ensina Canotilho, as normas de um sistema jurídico podem revelar-se tanto sob a forma de regras como sob a forma de princípios, por ele considerados “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos” (2003, p. 1.161). Ainda que não haja consenso sobre o seu real significado, pode-se dizer que os princípios são extremamente relevantes na interpretação e aplicação do direito². Muitos deles foram incorporados à Constituição, a exemplo do princípio da legalidade, uma das conquistas dos movimentos liberais contra o arbítrio do Estado³.

Naquele momento, a lei passou a ser o referencial de norma jurídica por excelência⁴.

A ideia de legalidade, de regras elaboradas por representantes do povo, em contraposição à tradição absolutista, traz consigo a noção de um governo das leis e não de pessoas.

Com base na separação dos poderes do Estado, a supremacia da lei decorreria da ideia de que o Poder Legislativo, formado por representantes eleitos, asseguraria a liberdade e a igualdade. Anote-se, por relevante, que não se considerava uma efetiva igualdade entre os poderes, mas, ao contrário, concebia-se a supremacia ao Parlamento, justamente por sua legitimidade popular.

1 Não se deve confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva de lei. A reserva de lei funciona como uma especificação do princípio da legalidade, atribuindo-se determinada matéria a regramento exclusivamente por lei formal, afastando, em consequência, a possibilidade de regulação por norma decorrente de fonte inferior.

2 Existem três possibilidades de uso do conceito de princípio: a) princípios gerais do direito (com intencionalidade aplicativa, com vista à completude do sistema); princípios jurídicos-epistemológicos (direção e organização do estudo de uma disciplina jurídica); e c) princípios constitucionais (preceitos materiais fundantes da própria juridicidade (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 388)

3 Os princípios constitucionais são entendidos como normas de natureza estruturante de toda a ordem jurídica e legitimam o próprio sistema.

4 Em artigo sobre a relação entre legalidade e cristianismo, os professores Cláudio Brandão e Pedro Rubens Ferreira Oliveira fazem uma observação interessante a partir da elevação do cristianismo à religião oficial do Império Romano: “deixa de ser o Direito uma construção do julgador no caso concreto, visando à decisão boa e justa, e passa a ser um caminho a ser seguido, embasado em normas gerais, que regulam as condutas e orientam as decisões” (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009, p. 47).

Essa ideia resultou em um movimento de codificação das normas, tudo feito em nome do princípio da legalidade e de se buscar clareza, simplicidade, objetividade e unidade.

O juiz deveria apenas aplicar a lei, não possuindo discricionariedade. A lei, impessoal e abstrata, deveria prevalecer, e não mais julgamentos arbitrários. Esse método, preconizado pela Escola da Exegese, de cunho lógico-formal, pregava a supremacia do legislador e a completude do ordenamento jurídico, o que implica dizer, por essa concepção, que a legalidade é vista como “um princípio que institui a lei formal como instrumento de criação do direito” (GALINDO, 2009, p. 177).

Se, em um primeiro momento, o positivismo⁵ reduzia o direito à lei, como pregava o positivismo legalista, em um momento posterior, o direito passa a ser visto de forma mais ampla, como um conjunto de normas válidas, contudo operando uma análise semântico-sintática do direito, em busca da determinação do sentido da norma (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 336).

Porém, especialmente com a ascensão da ideia de Estado constitucional e democrático no lugar do Estado liberal, é adotada uma nova compreensão positivista da norma.

A configuração desse nosso modelo, de assento constitucional, permitiu uma nova compreensão do princípio da legalidade, agora relacionando a legalidade ao direito e à constituição.

Mais, o pós-positivismo coloca as questões sobre interpretação no centro das atenções. A norma passa a ser concreta e fruto da linguagem, deixando a decisão judicial de representar um mero silogismo⁶.

Sob essa nova perspectiva, de cuidado com a linguagem e atenção ao caso concreto, revela-se imprescindível a interpretação e aplicação do direito de acordo com a Constituição, mas nos limites da lei.

Como já assentou o ministro Eros Grau, no julgamento da ADPF 153 pelo STF, a interpretação do direito “tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo

5 Para Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo, o direito posto e aprovado pelo Estado (BOBBIO, 1995, p. 26)

6 A decisão judicial é produzida de modo estruturante. Não existe um descobrir a norma, como se ela correspondesse à vontade da lei ou do intérprete. O que de fato existe é uma atribuição de sentido à norma diante de um caso concreto ((ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 458)

intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão”.

Contudo, a vagueza ou clareza do enunciado não confere poderes ilimitados ao intérprete. Se o direito não cabe na lei, não se pode perder de vista os limites que ela impõe ao operador do direito, especialmente no campo penal.

Cesare Beccaria, em protesto contra as injustiças dos processos criminais e contra as prisões arbitrárias de sua época, já defendia que

“só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão” (BECCARIA, 1999, p. 30).

A lei é alçada à condição de garantia contra o arbítrio do Estado e contra privilégios odiosos das castas sociais mais elevadas, estando justificada em nome da liberdade, da igualdade e da segurança.

Como refere Juarez Cirino dos Santos, as Constituições dos Estados americanos de Virgínia e Maryland (1776) instituíram pela primeira vez o princípio da legalidade, reproduzido na Constituição americana (1787), e, mais tarde, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), princípio esse que foi sendo incorporado à legislação penal de vários países, consagrando a fórmula idealizada por Feuerbach na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege* (SANTOS, 2020, p. 44).

Essa garantia consta expressamente da Constituição Federal em vigor (art. 5º, XXXIX).

Todos os códigos penais brasileiros acolheram o princípio da legalidade penal, inserto no artigo 1º do atual diploma legal.

O princípio da legalidade penal é considerado princípio fundamental no direito penal, por seu papel de expressão do direito, de garantia do cidadão e como definidor de limites ao poder de punir do Estado.

Nesse aspecto, somente a lei, produzida pelo legislador, pode definir crimes e impor penas, sendo considerada a fonte formal imediata do direito penal. Com efeito, apenas o Estado, pelos representantes eleitos, único titular do *jus puniendi*, está autorizado a legislar sobre o direito penal. No Brasil, particularmente, por força da distribuição de competências entre os entes federativos, a produção do direito penal objetivo é reservada à União (CF, art. 22, I).

Consoante Ricardo de Brito A. P. de Freitas, “a recusa do princípio da legalidade penal abala todo o edifício no qual está estruturado o direito penal do Estado de direito”, com a observação de que, tratando-se de princípio constitucional positivado, em razão da hierarquia das normas, possui supremacia sobre as normas penais de posição inferior (FREITAS, 2009, p. 365).

Vale lembrar que, no âmbito do direito penal incriminador, de modo mais incisivo, o que vale é o princípio da reserva de lei, haja vista que a matéria deve estar inteiramente regulada na lei aprovada pelo corpo legislativo⁷.

É certo que não basta a pura e simples incorporação de uma norma escrita ao sistema penal, bastando lembrar dos regimes nazista e da União Soviética, que cometeram arbitrariedades sob a autoridade da lei.

Como ensina José Afonso da Silva, é da essência do Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e à legalidade democrática, sujeitando-se ao império da lei, por ele considerada como realização do princípio da igualdade e da justiça. Toda a atividade estatal fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral e produzida formalmente pelos órgãos de representação popular segundo o processo legislativo previsto na Constituição (2007, p. 82).

O princípio da legalidade estrita, para Ferrajoli, assegura a verificabilidade ou falseabilidade jurídica, que tem como pressuposto necessário a exigência de que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito,

7 O STF reconheceu vício de inconstitucionalidade no art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 9639/98, que ampliava anistia concedida a agentes políticos em crimes previdenciários, justamente pelo fato de a lei não ter sido aprovada pelo Parlamento: “*Insubsistência do parágrafo único do artigo 11 da citada Lei, no que estranho ao texto aprovado pelo Congresso Nacional*” (HC 77.724-SP)

e mais em geral, dos conceitos penais, sejam suficientemente precisas, de modo a permitir a subsunção judicial de fatos empíricos determinados (FERRAJOLI, 2002, p. 98).

Enfim, o direito penal justo, nos aspectos formal e material, apenas pode ser alcançado pela observância do princípio da legalidade ligado a uma concepção de Estado Democrático de Direito.

2. AS VERTENTES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Como consignado, o princípio da legalidade penal possui previsão constitucional e está inserto no art. 5º, XXXIX, da CF, com a seguinte redação:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

Instrumento de proteção individual, de envergadura constitucional e corolário de um verdadeiro Estado de Direito, dentre outras conotações, o princípio da legalidade se desdobra em diversos sentidos, proibindo a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, o costume como fundamento ou agravamento de crimes ou penas, a analogia como técnica de integração para fins de criminalização ou a punição de condutas, e veda também o uso de expressões indeterminadas na construção de tipos e sanções penais.

Essas quatro abordagens podem ser consideradas as principais vertentes de garantia do princípio da legalidade, que adiante serão examinadas de modo mais particular.

A exigência de lei prévia (*lex praevia*) espelha o princípio da anterioridade, que se complementa com o da irretroatividade da lei penal nova incriminadora ou mais severa. A lei penal apenas vale para fatos ocorridos a partir de sua vigência. Daí dizer que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CP, art. 1º). Há, inclusive, norma constitucional expressa quanto a esse aspecto da legalidade: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF, art. 5º, XL). A irretroatividade apenas alcança as normas de direito penal material – normas incriminadoras (que criam delitos e definem penas) – que agravem a situação jurídico-penal do agente.

No que tange à exigência de lei escrita (*lex scripta*), estão proscritas fontes diversas da lei para caracterização de crimes e definição de penas. Assim, o costume ou a tradição, ainda que válidos como elementos de interpretação, não podem criar crimes. Ricardo Freitas, em artigo sobre a dogmática penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada, ressalta a importância “dos valores éticos sociais e dos costumes como parâmetros de interpretação teleológica e restritiva dos tipos de injusto” (2020, p. 111)⁸. Com efeito, da mesma forma que a analogia e a retroatividade da lei penal mais favorável, o costume pode ser admitido *in bonam partem* para excluir ou reduzir a pena ou descriminalizar o fato.

A vertente lei estrita (*lex stricta*) impõe uma interpretação restritiva da lei penal. De modo a evitar o arbítrio judicial, é vedado o uso da analogia em desfavor do réu⁹.¹⁰ Atente-se que a proibição da analogia é direcionada tanto ao aplicador do direito quanto ao legislador, que deve evitar criminalizar condutas admitindo a analogia, que não se confunde com a interpretação analógica e que é plenamente admitida.

Por fim, em razão da dimensão lei certa (*lex certa*), é vedado também o uso de expressões indeterminadas na construção de tipos e sanções penais.

Com efeito, a proteção do indivíduo afasta a possibilidade de leis penais indefinidas ou obscuras, especialmente porque normas demasiadamente abertas, além de dificultar o conhecimento da regra de proibição pelo seu destinatário, conduzem a interpretações arbitrárias.

Então, a garantia da lei certa, expressão do princípio da taxatividade, deve presidir a elaboração das leis penais, de modo a conferir a necessária segurança acerca dos limites da intervenção do Estado na esfera da liberdade individual.

8 Para o autor, “comportamentos socialmente adequados são condutas consideradas como indiferentes penais pela sociedade mesmo quando formalmente típicas e moralmente condenáveis” (FREITAS, 2020, p. 116)

9 O STF, em discussão sobre a tipicidade de “cola eletrônica” (utilização de aparato eletrônico em prova vestibular) entendeu que a conduta não encontrava adequação típica formal, decidindo que “o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal.” (Inq 1145)

10 Em controvertida decisão, não obstante rotular de “interpretação conforme à Constituição” a técnica utilizada, em flagrante uso de analogia, o STF promoveu o enquadramento das práticas de homofobia e de transfobia no conceito de racismo previsto na Lei n.º 7716/89 (ADO 26)

Sobre esse aspecto, Cesare Beccaria já destacava que “quando a regra do justo e do injusto, que deve dirigir as ações tanto do cidadão ignorante como do cidadão filósofo, é assunto de fato e não de controvérsia, então os súditos não estão sujeitos às pequenas tiranias de muitos” (1999, p. 34).

Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de conceitos extremamente vagos que não possibilitem estabelecer uma interpretação segura.

Bacigalupo defende ser compatível com o princípio da legalidade, na vertente lei certa, elementos implícitos aos tipos penais, como, por exemplo, os elementos do dolo. Da mesma forma, admite-se um certo grau de generalização da norma, justamente pela impossibilidade de se ater a todas as situações da vida (1999, p. 126-127)

No âmbito da exigência da certeza ou taxatividade, as chamadas cláusulas gerais, os tipos abertos, a comissão por omissão e os delitos culposos e as técnicas de reenvio, como nas normas penais em branco, são aquelas que mais provocam tensão com o princípio da legalidade.

O sistema de cláusulas gerais, por seu alto grau de abstração e que termina por delegar ao aplicador da lei a tarefa de delimitar o lícito e o punível, conflita diretamente com o postulado da legalidade¹¹.

Os tipos abertos, por sua vez, são compatíveis com o princípio da legalidade sempre que manejados com limites concretos, de modo que sua concreção seja factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência. Exigem um complemento valorativo pelo juiz, aos quais o legislador recorre com frequência, como nas referências aos bons costumes, ao ato obsceno etc.

A comissão por omissão, e também os delitos culposos, seriam espécies de tipos abertos, já que a posição deles garante, no primeiro caso, a inobservância do dever

11 As cláusulas gerais não deixam de ser normas abertas, mas delas se diferenciam pela completa abstração, ao recorrer a termos como “sentimento do povo” ou “infração a princípios da ordem democrática”. Enrique Bacigalupo, citando decisão do Tribunal Constitucional espanhol, refere que a descrição típica da norma penal deve cumprir as exigências do princípio da segurança jurídica, o que impede de considerar “los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en ele stricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales” (1999, p. 128)

de cuidado, e, no segundo, os delitos culposos são previstos e resolvidos na instância judicial e não na esfera da previsibilidade legislativa¹².

Em ambos os casos, enfim, é exigida forte carga valorativa pelo julgador, que é justificada em razão da impossibilidade de se prever, casuisticamente, todas as situações de vida; contudo, para ser válido, esse juízo de valor deve estar ancorado em um critério geral fixado pela lei.

Por fim, as técnicas de reenvio, em especial as leis penais em branco¹³, por vezes conflitam com o princípio da legalidade. Para a validade desse tipo de norma, é primordial que a definição essencial do crime, pelos verbos núcleos do tipo, deve ficar reservada ao legislador, e não estar por conta da autoridade administrativa.

Daí a importância da interpretação e aplicação das normas pelo juiz, que, mesmo diante de imprecisão e ou mesmo de tipos abertos, deve atuar com liberdade nos casos concretos, porém sempre observando os limites traçados pelo fundamento democrático do princípio da legalidade, de que apenas o Poder Legislativo pode criar delitos e penas.

3. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A discricionariedade pode ser entendida como um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso.

Ao enfrentar o problema de aplicação da regra jurídica, Herbert Hart, na obra *O conceito de direito*, defende que no direito existe uma “textura aberta”¹⁴.

Com efeito, qualquer que seja a forma de transmissão de padrões de comportamento, seja por meio de legislação ou de precedentes, esses padrões sempre

12 Como ensina Hans Welzel, “nos delitos culposos, a ação típica não ‘está definida em lei’. Seus tipos são, por isso, tipos ‘abertos’ ou que ‘necessitam ser complementados’, pois o juiz deve completá-los no caso concreto, com base em um critério geral.” (2015, p. 97).

13 ¹² Diferentemente dos tipos penais abertos, que demandam um complemento valorativo pelo juiz, as leis penais em branco dependem de um complemento normativo para sua perfeita compreensão.

14 Ronald Dworkin, entre outros, rejeita a tese da discricionariedade judicial, segundo a qual os juízes, nos casos difíceis, teriam liberdade na escolha da decisão a ser tomada. Para ele, nessas hipóteses, há uma única resposta correta, e não apenas respostas diferentes, alcançada através de uma atividade interpretativa e não criadora do direito, na perspectiva do direito como integridade (DWORKIN, 2014, p. 306).

se mostrarão imprecisos em algum ponto. Para Hart, esse é o preço a se pagar pelo uso de termos classificatórios gerais referentes a questões factuais (2009, p. 166).

Recorrendo a essa expressão para os “casos discutíveis”, no âmbito das hipóteses de delito, Ferrajoli fala em graus de taxatividade e, em consequência, de verificabilidade jurídica. A certeza jurídica pode ser maior ou menor segundo a linguagem das leis seja precisa ou vaga, denote fatos ou expresse valores e esteja livre ou não de antinomias semânticas (2002, p. 100).

De fato, o legislador não pode prever todas as situações de vida que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade acarreta a imprecisão de nossos objetivos. Hart afirma que, quando nos atrevemos a formular alguma norma geral de conduta (o exemplo é da norma segundo a qual nenhum veículo pode entrar no parque), a linguagem usada nesse contexto é que fixa as condições necessárias a que qualquer coisa deve atender para estar incluída nessa norma (2009, p. 167).

No exemplo citado, situações evidentes logo aparecem na nossa mente que atendem a essa condição (automóveis, caminhões etc.). Trata-se de casos claros, que atendem ao objetivo do legislador de fazer determinada escolha para a manutenção da paz e da tranquilidade no parque ao custo da exclusão daquelas coisas.

Somente quando um caso imprevisto (por exemplo, um carrinho elétrico infantil) surgir, decidiremos qual interesse deve prevalecer, se a tranquilidade do parque deve ser sacrificada ou se deve ser defendida contra as crianças que desejem usar o brinquedo, para, assim, tornar o objetivo inicial mais preciso.

Hart lembra que todos os sistemas buscam conciliar, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos possam aplicar a si próprios, sem nova orientação social e sem considerar outras questões; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrerem em um caso concreto (2009, p. 169).

Nas suas palavras:

Sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente

indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido (HART, 2009, p. 351).

Nesses casos não regulamentados, o juiz, ao mesmo tempo, cria direito novo e aplica o direito estabelecido, que simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.

Para Hart, contudo, esse poder de criar o direito atribuído aos juízes é diferente daquele produzido pelo poder legislativo, haja vista que eles estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha e também porque, como é usado apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-lo para introduzir reformas amplas (2009, p. 352).

De outro modo, haverá aspectos para os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta, e, nessas hipóteses, o juiz poderá exercer o seu poder de criar o direito.

Porém, essa liberdade não pode ser exercida arbitrariamente, isto é, o juiz “deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções” (HART, 2009, p. 352).

Com efeito, revelando-se impossível o legislador prever todas as situações de vida, costuma-se recorrer a termos amplos ou abertos na construção das normas penais, apenas concretizados pelos juízes em sua atividade interpretativa posteriormente, nos casos concretos.

Francisco Conde e Mercedes Arán assim exemplificam:

Así, em el delito de robo (art. 242 Cp), el legislador se refiere a la utilización de ‘violencia o intimidación em las personas’, porque la ley no puede prever todas las múltiples formas violentas posibles. En cambio, para establecer cuándo um delito puede cometerse mediante uma omisión porque ésta equivalga a la

causación del resultado, el art. 11 Cp establece tres situaciones de equiparación entre acción y omisión (obligación legal o contractual de actuar y actuación precedente) que probablemente resulten insuficientes para incluir otros supuestos en los que la omisión ‘equivalga’ a la acción (2010, p. 106).

O fechamento das normas penais abertas é feito, dessa forma, pela atuação dos juízes, contudo, a interpretação judicial não pode ser fruto de valoração pessoal do julgador, o que poderia conduzir a arbítrio, impondo-se a fixação de limites cognoscíveis na atribuição de significado ao termo.

Vale a advertência de Ferrajoli, de que, se as escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias quanto mais amplo o poder de disposição dos juízes, ao menos que sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríticas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias (2002, p. 139).

De fato, o déficit da lei só é compatível com as exigências do princípio da legalidade se o juiz o supre da forma mais objetiva possível, fornecendo de maneira expressa as razões que determinam a tipicidade da conduta.

A respeito da discricionariedade judicial, Mir Puig ressalta que algumas correntes político-criminais abonavam um maior arbítrio judicial por necessidade de justiça, que impõe o tratamento desigual dos casos desiguais, e por razões de prevenção especial, princípio que tende a se impor na esfera da aplicação judicial da pena, mas apenas na medida em que se compatibilize com a prevenção geral e seus dois limites fundamentais, os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade (2003, p. 131).

Essa constante tensão entre os limites traçados na lei e a atuação valorativa do juiz permeia o âmbito do direito incriminador, sendo fundamental compreender que apenas em um Estado verdadeiramente de direito se pode conceber um direito penal em sua dimensão garantidora de direitos e liberdades, evitando-se transformá-lo em mero instrumento de poder.

4. O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA FORMAÇÃO DA UNIDADE DO DIREITO

A crença de que o juiz, de acordo com o seu livre convencimento motivado, poderia decidir a partir de um marco zero interpretativo, desprezando a integridade¹⁵ e tudo o que já foi construído no passado, em muito contribui para as deficiências do Sistema de Justiça.

Nesse aspecto, a ausência de respeito aos precedentes no *civil law* está fundada na falsa percepção de que a subordinação do juiz à lei serviria para garantir a certeza e a segurança jurídicas: “*no entanto, essa segurança adquiriu feições opostas no civil law e no common law, uma vez que neste fundamentou a doutrina do stare decisis, enquanto no civil law foi utilizada para negar a importância dos tribunais e de suas decisões*” (KREBS, 2015, p. 122).

Na tradição jurídica de nosso País, desde sempre os juristas, magistrados e advogados recorrem a casos passados para demonstrar a viabilidade das posições que defendem. Contudo, tornou-se praxe o uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos de situações concretas e descolados posteriormente dos casos que lhes deram origem.

Os próprios tribunais, diante de uma torrente crescente de novas demandas, passaram a objetivar a interpretação jurídica, elaborando o que se chama de jurisprudência defensiva, ao formatar uma súmula ou enunciado com o intuito de se encerrar o debate sobre o tema, a fim de que, no futuro, o novo caso tenha pinçado um tema que seja similar ao enunciado, e então a questão possa ser resolvida quase automaticamente.

Diferentemente, em países do *common law*, os precedentes não terminam a discussão; eles são um ponto de partida, um dado do passado para a discussão do presente.

Sobre jurisprudência e precedentes, é relevante dizer que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é omissa, tanto em relação aos precedentes quanto à

15 A integridade volta-se para a unidade do ordenamento jurídico, e possui uma nota de consciência histórica, constituindo-se uma das principais virtudes que caracterizam uma sociedade democrática. Para Dworkin, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (2014, p. 272).

jurisprudência como meios integrativos do direito, o que causa estranheza, à vista de sua crescente importância na experiência brasileira.

Pode-se dizer que precedente não é sinônimo de jurisprudência. A jurisprudência representa uma repetição razoável de julgados interpretando o direito positivo de determinado modo, sem caráter de imposição. Em verdade, a jurisprudência opera no plano da influência e persuasão e possui uma dimensão quantitativa.

Já o precedente é formado a partir de uma decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para sua previsibilidade.

Consoante Daniel Mitidiero, “a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha unidade, tornando-se um ambiente seguro, livre e isonômico” (2017, p. 87).

A autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta.

Precedente vincula. Jurisprudência persuasiva não.

O precedente é construído a partir das razões generalizáveis do julgamento, significando, portanto, a *ratio decidendi*, ou seja, as razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial.

Alguns estudiosos, como Luiz Guilherme Marinoni (2013) e Daniel Mitidiero (2017), defendem que apenas as cortes supremas formariam precedentes, em caráter vinculante e obrigatório, uma vez que esses órgãos judiciários é que teriam a função de conferir unidade ao direito e de guiar as futuras decisões das demais cortes de justiça e dos juízes.

Assim, na experiência brasileira, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cuja missão é de conferir unidade ao direito, formariam precedentes.

A partir dos precedentes constitucionais e dos precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, como cortes de justiça que são, teriam o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes.

Para se entender a força vinculativa ou persuasiva das decisões judiciais, mostra-se relevante também fazer algumas considerações sobre a perspectiva de como o direito é visto, criado, aplicado, ensinado e aprimorado.

Tradicionalmente, os sistemas jurídicos ocidentais podem ser considerados pertencentes à tradição do *common law* ou do *civil law*.

O termo *common law* refere-se ao histórico sistema jurídico inglês, e aos países que o adotaram, como os Estados Unidos da América, que põem em especial destaque a força do precedente.

A denominação *civil law* agrega países da Europa continental, da família romano-germânica, que centralizou o processo de produção do direito na lei.

É importante destacar que a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre esses sistemas. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos códigos e pela completude da legislação, enquanto o *common law* seria o inverso, pois o *common law* possui intensa produção legislativa e vários códigos.

Anote-se que a vinculação aos precedentes, no *common law*, acabou acontecendo imperceptivelmente ao longo dos séculos.

A característica peculiar da doutrina inglesa do precedente, como defende Hélio Ricardo Diniz Krebs, “*é a sua forte natureza coercitiva, de modo que os juízes ingleses são, por vezes, obrigados a seguir uma decisão anterior, apesar de terem boas razões para não o fazer, não fosse essa acentuada coercibilidade*” (2015, p. 95).

Isso é explicado porque, no *common law*, entende-se que os juízes não podem desapontar os cidadãos, o que aconteceria se fossem surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A estabilidade, a uniformidade e a solidez trazem previsibilidade ao direito, e a igualdade, um dos principais fundamentos do sistema de precedentes, acaba sendo respeitada naturalmente.

De outro lado, o *civil law*, como já esclarecido, não possui um vínculo de autoridade com o passado, sendo marcado por reviravoltas, muitas vezes capazes de provocar o rompimento do sistema.

Mas a experiência jurídica mostra que o ordenamento possui lacunas, sendo em muitas ocasiões insuficiente para solucionar litígios não contemplados pelo legislador, de modo que a atuação do intérprete passou a desempenhar uma importante função integrativa.

Na atualidade, observa-se um movimento invertido. Se no *common law* almeja-se cada vez mais técnicas para flexibilizar a densa estabilidade do uso dos

precedentes (*stare decisis*), os países que adotam o *civil law* procuram estabilizar sua jurisprudência.

Rafael Tomaz de Oliveira explica que

nossa tradição jurídica produziu um tipo de mecanismo vinculatório de decisões do poder judiciário que não estão legitimados por uma dimensão de historicidade (pelo contrário, são imposições legislativas) e, ao mesmo tempo, produzem um efeito muito mais parecido com a lei (nalguns casos, como nos das súmulas vinculantes, existe a produção de verdadeira força de lei) do que com os precedentes do *common law* (2018, p. 56).

Nesse contexto, a inserção da exigência de integridade e coerência no CPC, com eficácia expansiva para o processo penal, pode ser considerada um esforço do legislador no intuito de trazer mais segurança e previsibilidade às decisões judiciais.

Isso porque, ao delimitar os elementos de uma fundamentação válida, e, sobretudo, ao exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, íntegra e coerente, o legislador alterou de forma substancial o modo de produção das decisões judiciais, tudo sob uma concepção dinâmica do contraditório e com a garantia de não surpresa.

Para além, se é certo que o fechamento das normas penais abertas é feito pela atuação dos juízes, a interpretação judicial, contudo, não pode ser fruto de valoração pessoal do julgador, o que poderia conduzir a arbítrio, impondo-se a fixação de limites cognoscíveis na atribuição de significado ao termo.

Nesse aspecto de imposição de limites ao intérprete, lúcidas as palavras da ministra Rosa Weber por ocasião do julgamento da ADC 43 pelo STF¹⁶:

O texto normativo traduz enunciados que, até pela natural equivocidade das palavras, descortinam diferentes caminhos, com atalhos e bifurcações passíveis de levar ao mesmo ou a diferente destino. E a releitura atualizada a mais das vezes é imperativo da dinâmica da vida, da impermanência do tempo

16 A ministra Rosa Weber, na conclusão de seu voto, afastou qualquer espaço de discricionariedade judicial no âmbito da norma prevista no art. 5º, LVII, da CF, decidindo pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011. .

e das próprias alterações semânticas e sociais, no avanço do processo civilizatório. Consabido também que textos há que, por albergarem as chamadas cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dão uma maior margem de interpretação ao hermeneuta, enquanto outros apresentam marcos e balizas que atuam como amarras, insuscetíveis de afastamento pela atividade interpretativa, ainda que corretamente iluminada pela principiologia constitucional e prestada reverência à força normativa da Constituição. Ao intérprete permite-se, nessa linha, em voos interpretativos, escolher fundamentadamente entre um ou outro destino, mas nunca, na minha visão, com o abandono das amarras acaso presentes.

Daí porque, mesmo em situações em que exista espaço para interpretação, especialmente no campo penal, o juiz deve ter a preocupação de manter a integridade e coerência do sistema, evitando decisões casuísticas, mormente porque a segurança jurídica é um valor inerente ao regime democrático.

Como anotado pelo ministro Eros Grau no julgamento da ADPF 153 pelo STF, “as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”.

De fato, interpretar é um processo que não equivale apenas a descobrir, mas sim a atribuir sentido ao objeto da interpretação, sendo possível que, diante de uma mesma realidade, diferentes intérpretes alcancem diferentes conclusões.

Mas isso não implica ampla permissão para o juiz na análise do caso e na interpretação da norma jurídica, uma vez que a linguagem que o juiz utiliza é aquela compartilhada por sua cultura e nos limites da ordem jurídica vigente.

Lênio Streck ressalta que a norma está imbrincada com o seu conteúdo e “a participação do intérprete na prática social é que permite a compreensão das alterações de sentido e o seu confronto com falsos pré-juízos”. Ele insiste que não é da subjetividade do intérprete que deve advir o sentido a ser atribuído à lei (2017, p. 351).

De seu turno, Bianor Arruda Bezerra Neto revela que uma decisão judicial é construída através de duas grandes travessias: da narrativa dos fatos pelas partes para

a narrativa do juiz, e do enunciado jurídico para a norma, e ambas são realizadas no plano da linguagem por intermédio da hermenêutica. Toda compreensão e atribuição de sentido submete o intérprete a escolhas, as quais requerem decisão, e estas apenas podem ser levadas a termo mediante critérios de qualificação da opção escolhida (2018, p. 333).

Em suas palavras, a identificação do critério de valoração é que permite o exame de sua justificação,

proporcionando aos destinatários da decisão ‘distinguirem’ entre precedentes e casos atuais, e aos magistrados, utilizá-los em decisões futuras, mesmo sob o preço, por vezes, de ficarem manietados quando deles discordarem e não tiverem condições de fazerem a ‘distinguishing’, nem o ‘overruling’. O preço, contudo, é bem pago, em nome da estabilidade, da coerência e da integridade do sistema, cujas decisões, bem ou mal, devem ser construídas mediante o compromisso da fundamentação e da justificação (BEZERRA NETO, 2018, p. 335).

Nesse contexto, especialmente quando diante de normas penais, evitando subjetivismos e ancorado nos limites da lei e do uso da linguagem permitidos no caso concreto, o juiz deve ter a preocupação de expor os critérios de valoração adotados para fundamentar a decisão, de maneira a permitir que todos os interessados possam debatê-la e questioná-la.

Promovendo uma releitura do princípio da legalidade penal quanto à vertente lei certa, Jorge André de Carvalho Mendonça, ainda que reconheça a impossibilidade de se evitar imprecisões inerentes à linguagem, especialmente no campo penal, defende que elas podem ser reduzidas pela teoria dos precedentes obrigatórios (2020, p. 236).

De fato, sendo certo que a discricionariedade judicial em relação a normas penais abertas não pode ser eliminada por completo, as cortes de justiça podem atuar de modo a diminuir o espaço de vagueza da norma e evitar interpretações diversas para casos semelhantes, assegurando segurança jurídica e isonomia.

Não basta lembrar que a ofensa à isonomia ou mesmo a insegurança jurídica não convivem com o direito. A igualdade é corolário de uma sociedade que se diz democrática. E igualdade implica tratar casos semelhantes de modo igual.

Mas isso não basta, é fundamental que os tribunais tratem o direito segundo a integridade, e isso apenas é alcançado com a construção dos argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, observada a história institucional e a abstenção de comportamentos subjetivistas e puramente discricionários.

Evita-se, com isso, de uma parte ser surpreendida por decisões puramente subjetivas, haja vista a necessidade de estar presente uma justificação histórica e socialmente adequada à comunidade, tudo em prol de garantir segurança jurídica para os cidadãos.

No tópico a seguir, examinar-se-á a atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação do direito no que se refere ao conceito de ação no contexto do concurso de crimes.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A compreensão de determinada norma, muitas vezes, é vista de forma diversa pelos intérpretes. A depender do ponto de vista e da abertura da norma, o espaço de atuação judicial é amplo.

Isso ocorre com mais frequência, como visto, em face de normas com conteúdo valorativo ou mesmo diante de normas gerais cujo significado não é delimitado na própria norma. Não raras vezes, o resultado é a obtenção de conclusões diversas para situações semelhantes.

Tomemos como exemplo o conceito de ação.

Não há consenso no uso das expressões conduta, ação, ato e fato. De acordo com o art. 70 do Código Penal, o concurso formal de crimes, também chamado concurso ideal de crimes, é caracterizado pela prática de mais de um crime por meio de uma única ação ou omissão.

Conforme consignado em sua própria exposição de motivos, o nosso Código Penal adotou um conceito objetivo de concurso formal, de modo que a natureza do elemento subjetivo seria irrelevante para a caracterização dessa forma de concurso, o que seria levado em conta apenas na aplicação da pena, a depender de se tratar de concurso formal próprio ou impróprio.

Em razão disso, a definição do conceito de unidade de ação pode ser entendida como a pedra de toque para o tema do concurso de crimes.

O assunto é importante porque o número de ações se relaciona diretamente com o número de crimes, com repercussões graves na punibilidade do agente.

Com efeito, uma atividade criminosa pode se esgotar na violação de uma norma jurídica mediante uma só ação. Assim, apurada a unidade da ação e do resultado, o que nem sempre é fácil, ninguém tem dúvida sobre a unicidade da conduta.

Pode ocorrer que tenham lugar várias violações legais, causadas por ações independentes. Aqui também ninguém duvida de que estamos diante de uma pluralidade de infrações, de um concurso material de crimes, na dicção do art. 69 do Código Penal.

No entanto, nem sempre os casos se apresentam dessa maneira. Bem ao contrário. É possível que uma só ação cause várias lesões jurídicas, como no exemplo de que A, com apenas um disparo de arma de fogo, mate B e lesione C. É a situação do concurso formal de crimes, previsto no art. 70 do Código Penal. O agente, com uma única ação, pratica dois ou mais delitos.

E não basta, para efeito de considerar o concurso ideal ou formal de crimes, a existência de várias violações da lei. É necessário que a pluralidade de tipos legais seja efetiva e não aparente, cuja solução, em último caso, é encontrada nos princípios da subsidiariedade, especialidade e consunção.

Importante lembrar que muitas vezes a lei prevê como um só crime figuras criminosas cuja realização se desdobra em uma pluralidade de infrações, como no crime complexo (ex. roubo).

Ocorre que, em não raras oportunidades, os intérpretes conferem tratamento distinto para fatos similares, evidenciando a falta de critérios seguros para o exame de determinada atividade criminosa, no aspecto da unidade ou pluralidade de conduta, para efeito de incidência ou não das regras do concurso de crimes.

Nesse aspecto, uma mera consulta a julgados do Supremo Tribunal Federal¹⁷, por exemplo, possibilita a compreensão de que, mesmo no órgão de cúpula do

17 À falta de precedente vinculante específico, na forma do art. 927 do CPC, o objeto de estudo foi a jurisprudência do STF sobre o tema.

sistema judiciário brasileiro, inexistem critérios consolidados para o reconhecimento da unidade de conduta.

Por exemplo, não obstante consolidado na Corte Suprema o entendimento de que o desdobramento da ação em vários atos não afasta o reconhecimento da unidade de conduta para efeito de caracterização de concurso formal (HC 64401, RE 94941, RE 114182, RE 103308), no julgamento da AP 470, o STF assim entendeu:

Há institutos diversos quanto à prática de vários crimes, e tem-se o concurso formal, o material e a continuidade delitiva. Afastamos de início o concurso formal, já que houve a prática de vários atos – e ele exige prática de ato comissivo ou omissivo único – com a consequência, que é o surgimento de vários crimes. (AP 470, Julgamento 17/12/2012)

Ou seja, afastou-se o concurso formal em razão da equiparação de ato a ação, contrariando a própria jurisprudência do STF.

Na hipótese de roubo com vítimas diferentes, a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer ação única, ainda que praticados diversos atos, servindo o número de vítimas para caracterizar o concurso formal (HC 91615, RE 94941, RE 114182, HC 96787).

Nesse caso, o STF reconhece a unidade de conduta, ainda que desdobrada em atos plurais, em razão da unidade de desígnio:

Com o mesmo desígnio, em uma só ação, mas através de vários atos, praticou o acusado seguidos delitos de roubos contra várias vítimas. A cronologia desses roubos pode ter-se verificado em curto espaço de tempo, com intervalo de minutos ou mesmo de segundos, pouco importa. (HC 68728, Julgamento 28/04/1992)

Além disso, percebe-se que o STF, a par de considerar a unidade de desígnio para efeito de considerar a ação única, leva em conta também a análise do tipo e dos bens jurídicos violados, aqui em atenção ao número de vítimas atingidas, para considerar a existência de vários crimes decorrentes da mesma ação (concurso formal).

Na hipótese de latrocínio com resultado de morte dupla, a jurisprudência do STF entende a ocorrência de crime único:

O crime de latrocínio é um delito complexo, cuja unidade não se altera mesmo diante da pluralidade de mortes, cuja multiplicidade, como na espécie dos autos, é relevante para a fixação da pena base mas não desfigura o delito como crime único (HC 71267, Julgamento 14/02/1995).

Da mesma forma, no roubo com vítimas diferentes, o STF considera a unidade de fim e o tipo penal violado para alcançar a conclusão de crime único no latrocínio. Assim, tratando-se de crime contra o patrimônio, se houver apenas um patrimônio atingido, haverá apenas um crime, ainda que mais de uma morte tenha ocorrido.

Atingindo-se mais de um patrimônio, o STF reconhece a prática de mais de um crime no latrocínio:

Desde que a conduta do agente esteja conscientemente dirigida a atingir mais de um patrimônio, considerado de forma objetiva, como requer o fim de proteção de bens jurídicos do Direito Penal, haverá concurso de crimes. Essa conclusão, todavia, somente pode ser alcançada mediante a análise das circunstâncias que envolvem a prática do ato delitivo (HC 96736, Julgamento 17/09/2013).

No entanto, em sentido contrário, nessa mesma hipótese de latrocínio, o STF conferiu especial valor ao fim do agente e não ao número de vítimas lesionadas:

Neste sentido, a par do tipo objetivo referir-se à “coisa alheia móvel” e não a patrimônio, malfere o princípio da legalidade agravar o apenamento do fato com base em conceito jurídico civil, que não é elementar do tipo.

Inegavelmente, o caso é emblemático e causa assombro a violência praticada contra duas pessoas de idade bastante avançada que dormiam em leito matrimonial.

Contudo, na seara do Direito Penal, há de se conferir relevância ao elemento volitivo, em suma, ao dolo do agente. Há de se considerar qual a empreitada criminosa, se o iter criminis se desenvolveu para roubar o patrimônio encontrado dentro da residência alvejada ou se a ação foi orientada para roubar, especificamente, instrumento profissional, a aposentadoria, o montepio, o soldo, as alianças individualmente consideradas de cada uma das vítimas.

Em resumo, a leitura dos autos revela que o ora paciente objetivou roubar os bens que guarneciam a residência do casal, entretanto o acórdão impugnado pauta-se no Código Civil, distanciando-se do elemento subjetivo do tipo (HC 109539, Julgamento 07/05/2013).

Ressalte-se que essa decisão contraria até mesmo a jurisprudência do STF quanto ao crime de roubo com vítimas diferentes, que é no sentido de configuração do concurso formal em razão do número de patrimônios atingidos.

É possível identificar, também, decisões do STF em sentido oposto para a mesma situação fática quanto aos crimes de roubo e extorsão.

No julgamento do HC 98960, o STF reconheceu tratar-se de uma ação única, diante do mesmo contexto, e aplicou a regra do concurso formal. O caso foi assim descrito:

Os ora denunciados, livre e conscientemente, constrangeram Rodrigo Kelly Amim, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a que se dirigisse a um Caixa Eletrônico onde, utilizando um cartão de crédito da vítima, lograram arrecadar a quantia de R\$ 260,00 em espécie. Naquele contexto, os denunciados também se apoderaram de um relógio, um cordão de ouro, um talonário de cheque e a carteira de identidade da vítima (HC 98960, Julgamento 25/10/2011).

Já no julgamento do HC 121395, decidiu-se pelo concurso material de crimes, ao se considerar a prática de duas condutas distintas, com desígnios autônomos. Confira-se a situação fática:

A vítima foi abordada amigavelmente por volta de uma hora da madrugada, nas proximidades do semáforo existente na plataforma superior da Estação Rodoviária do Plano Piloto, pelo réu e um comparsa, enquanto aguardava em seu carro o sinal verde, sendo-lhe ofertado um programa sexual. Depois que adentraram o automóvel, o réu assumiu a direção do veículo e seu comparsa aplicou uma gravata na vítima, ordenando-lhe que passasse para o banco traseiro. Ameaçando-a de morte e encostando um canivete nas costas, dela subtraíram os documentos pessoais, uma maleta, um estetoscópio, um micro system e um celular Nokia. Em seguida, lhe exigiram que fornecesse a senha do cartão eletrônico bancário, com o qual tentaram debalde sacar dinheiro em dois terminais na Asa Norte e na Asa Sul (HC 121395, Julgamento 21/10/2014).

Em que pese a similitude dos casos, o STF tratou de modo diverso cada um deles. No primeiro, considerou a ação única, aplicando a regra do concurso formal para os dois crimes, e, no segundo, reconheceu a prática de dois crimes em concurso material, por considerá-los realizados em contextos diferentes, com desígnios autônomos.

Se não é possível generalizar o comportamento do STF a partir da análise dos casos citados, haja vista que o foco do exame foi apenas qualitativo, esses julgados, não obstante a identidade de parâmetro (ação), revelam a dificuldade na interpretação e aplicação do direito, nem sempre uniforme, que só aumenta na medida em que as normas possuem um conceito vago e aberto, e indicam que a atuação da corte se volta diretamente para a justiça de cada caso e não com a coerência do tema do concurso de crimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade penal, princípio fundamental no direito penal, por seu papel de expressão do direito, representa garantia do cidadão e é definidor de limites ao poder de punir do Estado.

O princípio da legalidade se desdobra em diversos sentidos, proibindo a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, o costume

como fundamento ou agravação de crimes ou penas, a analogia como técnica de integração para fins de criminalização ou punição de condutas e veda também o uso de expressões indeterminadas na construção de tipos e sanções penais.

Especialmente quanto à dimensão lei certa (*lex certa*), a proteção do indivíduo afasta a possibilidade de leis penais indefinidas ou obscuras, especialmente porque normas demasiadamente abertas, além de dificultar o conhecimento da regra de proibição pelo seu destinatário, conduzem a interpretações arbitrárias.

A imprecisão ou mesmo a abertura das normas penais confere certo grau de liberdade ao juiz nos casos concretos, porém sempre observando os limites traçados pelo fundamento democrático do princípio da legalidade, no sentido de que apenas o Poder Legislativo pode criar delitos e penas.

Essa constante tensão entre os limites traçados na lei e a atuação valorativa do juiz permeia o âmbito do direito incriminador, sendo fundamental compreender que apenas em um Estado verdadeiramente de direito se pode conceber um direito penal em sua dimensão garantidora de direitos e liberdades, evitando-se transformá-lo em mero instrumento de poder.

Os julgados do STF citados, não obstante a identidade de parâmetro (ação), revelam a dificuldade na interpretação e na aplicação do direito, nem sempre uniforme, que só aumenta na medida em que as normas possuem um conceito vago e aberto.

Daí porque, mesmo em situações em que exista espaço para interpretação, especialmente no campo penal, o juiz deve ter a preocupação em manter a integridade e coerência do sistema, evitando decisões casuísticas, mormente porque a segurança jurídica é um valor inerente ao regime democrático.

Enfim, sendo certo que a discricionariedade judicial em relação a normas penais abertas não pode ser eliminada por completo, as cortes de justiça podem atuar de modo a diminuir o espaço de vagueza da norma e evitar interpretações diversas para casos semelhantes, assegurando segurança jurídica e isonomia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz**. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea (vol. 1). Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio; OLIVEIRA, Pedro Rubens Ferreira. **Legalidade e cristianismo: aproximação hermenêutica**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Direta de Constitucionalidade n.º 43**. Relator(a) Marco Aurélio. Brasília, 07/11/2019. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=43&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153**. Relator(a) Eros Grau. Brasília, 29/10/2010. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=153&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Penal n.º 470**. Relator(a) Joaquim Barbosa. Brasília, 17/12/2012. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%20470%22&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=3&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 68728**. Relator(a) Sepúlveda Pertence. Brasília, 28/04/1992. Disponível em <https://jurisprudencia.stf>

jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=0%22HC%2068728%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 71267**. Relator(a) Maurício Corrêa. Brasília, 14/02/1995. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=71267&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 96736**. Relator(a) Teori Zavascki. Brasília, 17/09/2013. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=96736&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 109539**. Relator(a) Gilmar Mendes. Brasília, 07/05/2013. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=109539&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 98960**. Relator(a) Marco Aurélio. Brasília, 25/10/2011. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=98960&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 121395**. Relator(a) Dias Toffoli. Brasília, 21/10/2014. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=121395&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 05/07/2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 8ª edição. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **Teoria da adequação social: a dogmática do direito penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada**. Ciências Criminais em Perspectiva (Faculdade Damas), Recife, v. 1, n.º 1, p. 109-150, jul/dez. 2020.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

GALINDO, Bruno. **Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da constituição de 1988**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KREBS, Hélio Ricardo Dinis. **Sistema de Precedentes e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **O princípio da legalidade penal: uma releitura inevitável quanto à sua vertente da lei certa**. Ciências Criminais em Perspectiva (Faculdade Damas), Recife, vol. 1, n.º 1, p. 215-239, jul/dez. 2020.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil, São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Tratado de derecho penal (parte geral)**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

GOVERNANÇA DE DADOS ABERTOS NO PODER JUDICIÁRIO: SOLUÇÃO DE EFICIÊNCIA E TRANSPARÊNCIA

GOVERNANCE OF OPEN DATA IN THE JUDICIARY: EFFICIENCY AND TRANSPARENCY SOLUTION

Daniela Bandeira de Freitas

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestranda do Mestrado Profissional da Enfam. Professora da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Esaj – Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vice-coordenadora acadêmica da área de Direito Administrativo da Emerj. Juíza Estadual e auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente artigo aponta a governança de dados abertos no âmbito do Poder Judiciário como solução para uma maior eficiência, transparência e participação no Sistema de Justiça, enquanto aponta as dificuldades atuais, que vão desde uma mudança de princípios e valores até a precisão e qualidade dos dados. A governança de dados, exigência legal e constitucional imposta à Administração Pública, representa forma de gestão por meio da geração e leitura de dados com a utilização da TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação). A TIC possibilita criar e trabalhar iniciativas estratégicas por meio da gestão eletrônica, proporcionando maior eficiência, transparência, participação e colaboração da sociedade e se mostra como alternativa viável ao incremento da qualidade e da precisão dos dados.

Palavras-chave: Governança. Gestão pública. Dados abertos. TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação). DataJud – Base Nacional de Dados do Poder Judiciário. Eficiência. Transparência. Participação.

ABSTRACT: *This article points out the governance of open data within the scope of the Judiciary, as a solution to greater efficiency, transparency and participation in the justice system, while pointing out the current difficulties that range from a change in principles and values to the accuracy and quality. Data governance, a legal and constitutional requirement imposed on the Public Administration, represents a form of management through the generation and reading of data using ICT (information and communication technology). ICT (information and communication technology) makes it possible to create and work on strategic initiatives through electronic management, providing greater efficiency, transparency, participation and collaboration for society and is a viable alternative to increasing the quality and accuracy of data.*

Keywords: *Governance. Public management. Open data. ICT (Information and Communication Technology). DataJud – National Database of the Judiciary. Efficiency. Transparency. Participation.*

INTRODUÇÃO

Desde a década de 1980, o mundo vem enfrentando rápidas e significativas mudanças de ordem econômica, social, tecnológica e ambiental. As mudanças são decorrentes do fenômeno desenfreado da globalização, da valorização do capital intelectual, do advento da facilidade e eficiência das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)¹ e dos desequilíbrios provocados pelo homem na natureza.

1 No sentido de que a Quarta Revolução industrial, enquadrada por alguns autores como o momento em que estamos vivendo, aponta para uma sociedade baseada em máquinas computacionais, fragmentada em “bits e bytes”, hipertextual, complexa, não linear. Redes sociais on-line, tecnologias “mobile”, realidades mistas e híbridas, tecnologias de voz, vídeo imersivo, impressão 3D, inteligência artificial, internet das coisas, “chatbots” e robôs são algumas das tecnologias e plataformas digitais que se apresentam para ampliar o nosso cenário. Somos testemunhas de mudanças profundas em todos os setores, marcadas pelo surgimento de novos modelos de negócios, pela descontinuidade dos operadores e pela reformulação da produção, do consumo, dos transportes e dos sistemas logísticos. Na sociedade, verifica-se uma mudança de paradigma em curso no modo como trabalhamos e nos comunicamos, bem como nas maneiras de nos expressarmos, nos informarmos e nos divertirmos. Igualmente, está em andamento a reformulação de governos e de nossas instituições. As novas maneiras de usarmos a tecnologia para promover a mudança de comportamentos e os sistemas de produção e consumo também formam um potencial de regeneração e preservação dos ambientes naturais. GABRIEL, Martha. Você, Eu e os Robôs: Pequeno Manual do Mundo Digital. São Paulo: Atlas, 2020 (4ª reimpr.). Págs. 15 a 17.

O capital intelectual está relacionado ao conhecimento, que assume um papel dominante na economia, nas empresas e no trabalho, e torna-se, de fato, mais importante que a matéria-prima ou, até mesmo, que o recurso financeiro. Dessa forma, o conhecimento e a informação passam a ser considerados os produtos econômicos mais valiosos de uma organização.

A definição de governança² de dados e governança das informações é ampla e plural. É um conceito em evolução, que envolve o cruzamento de diversas disciplinas, com foco central em qualidade de dados no sentido mais amplo desse conceito. Passa por busca de maturidade da organização na gerência desses recursos, pela melhoria na valoração e na produção dos dados, pelo monitoramento de seu uso, além de por aspectos críticos de segurança, privacidade, ética e aderência a regras de conformidade (compliance) associadas a eles³. Os tribunais deverão definir objetivos organizacionais e processos institucionalizados, que serão implementados dentro do equilíbrio fundamental entre tecnologia da informação e outras áreas judiciais e administrativas, de forma a compreender que os dados não são mais do domínio da tecnologia e, sim, um ativo organizacional. Por meio da governança de dados, os tribunais definirão mecanismos de análise de processos e procedimentos que criam, abastecem ou produzem os dados, alcançando um sentido maior de eficiência, qualidade e transparência.

Esses conceitos, atrelados ao ciclo de vida e à linhagem dos dados, já são considerados em organizações privadas mais maduras. Como processo organizacional, a governança de dados estabelece políticas, padrões, processos, procedimentos e diretrizes corporativas, legislando sobre os dados e atribuindo papéis específicos para se tratar desses elementos com responsabilidade e *accountability* (responsabilidade objetiva e direta). Os titulares dos dados, controladores dos dados e operadores terão

2 Owen Hughes demonstra os vários sentidos e definições técnicas e acadêmicas do conceito de “governance” ou governança e aponta que o conceito não se restringe quer ao setor público ou privado, mas perpassa os dois setores, com aplicação às corporações e organizações privadas e públicas. E que o conceito deve ser utilizado e enquadrado a depender do argumento e da hipótese em que ele será empregado. A partir dessa preocupação ou premissa, analisa e aponta algumas definições básicas do conceito de governança ao longo de uma evolução histórica, e, também, indica definições mais modernas do conceito a partir da análise das ideias e conclusões de alguns autores. In HUGHES, Owen. Does Governance Exist? In The New Public Governance. Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance. Editado por Stephen P. Osborne. Londres, Nova York: Routledge, 2010. Págs. 87 a 104.

3 BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: prática, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. Pág. 52. Kindle.

que estabelecer diálogo direto com os arquitetos e gestores de dados no âmbito dos tribunais.

A gestão pública, especialmente no âmbito do Sistema de Justiça, tem suas complexidades e especificidades – convive com informações ampliadas, incertezas, redes e conexões multilaterais, relações interorganizacionais – que a distinguem das organizações privadas, exigindo habilidades e conhecimentos específicos. Deve estar associada à melhoria da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, além da simples perspectiva econômica e financeira.

A abertura de dados judiciais, tal como ocorreu no Poder Executivo⁴, exige um novo modelo de gestão que inclui a participação do cidadão, uma nova perspectiva de eficiência e uma governança que possibilite a transparência dos processos, das pessoas envolvidas (gestores de dados) e da própria arquitetura de dados. O cidadão deixa de ser consumidor e passa a ser um parceiro na formulação das políticas públicas, enquanto acessa a base de dados e busca informações necessárias. A eficiência na gestão do Poder Judiciário repousa em análises preditivas de dados públicos e abertos, pressionada pela opinião pública, que passa a ditar as metas e prioridades. E a transparência aparece no desenvolvimento de uma governança baseada em processos mais claros, em gestores mais compromissados e responsáveis e na construção de uma estrutura que possibilite a concretização dessa nova gestão.

Os dados abertos disponibilizados são importantes em diversos segmentos da Justiça, por exemplo, no desenvolvimento de soluções tecnológicas que auxiliem na tomada de decisões, bem como na ampliação da oferta e da produção de novos conhecimentos. Segundo o artigo 2º, inciso I da Resolução CNJ nº 333/2020, são dados abertos

(...) os dados processuais produzidos ou acumulados pelo Poder Judiciário, não sigilosos, cadastrados segundo as Tabelas Processuais Unificadas – TPU, criadas pela Resolução CNJ nº 46/2007, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permite sua livre utilização, consumo ou cruzamento.

4 O Poder Executivo disponibiliza dados abertos no portal: dados.gov.br. Acesso em 13 de julho de 2021.

A economia informacional⁵ resultante do incremento da tecnologia e da circulação de dados pessoais e corporativos no ambiente da rede mundial de computadores – internet – acelerou o processo de troca de informações e permitiu que os dados/as informações sobre pessoas e organizações passassem a ser um fim em si mesmos, com valor econômico de troca e, portanto, constituindo-se em um ativo financeiro⁶.

Esse processo, identificado como “monetização de dados”, ou seja, processo de atribuição de valor econômico/financeiro aos dados pessoais e corporativos, impulsionou as empresas a controlarem essas informações como ativos e meios de capitalização e geração de receitas/faturamento.

Os avanços tecnológicos aumentaram consideravelmente a capacidade de armazenamento de informações pelos computadores, capazes de organizar e estruturar milhares de dados a custo cada vez mais baixo. E essa realidade, hoje, presente em todos os tribunais, em razão do processo de informatização ou virtualização dos processos judiciais e administrativos e de todos os processos e rotinas, demanda uma governança das informações arquivadas e registradas, em sua grande maioria, em meio digital e eletrônico, em razão da crescente preocupação legislativa de proteção dos dados pessoais, expressão do direito fundamental à autodeterminação informativa⁷.

Segundo dados oficiais do último relatório estatístico do Conselho Nacional de Justiça, intitulado “Justiça em Números 2020”⁸: i) o Poder Judiciário finalizou o ano

5 O termo “economia informacional” é um termo equivocado e empregado em contextos diversos, inclusive na sociologia desde a década de 1970, fundado no contexto de uma economia da informação e no fortalecimento do terceiro setor do Estado. Cf. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução de Alexandra Lemos e Rita Espanha. Sob a coordenação de José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. (A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. V. 1). No sentido de que a expressão “sociedade da informação” “(...) não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor sealaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação.” Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pág. 71.

6 A frase “*data is the new oil*” surgiu em 2006, dita por Clive Humby, matemático inglês, e desde então vem sendo utilizada frequentemente em publicações importantes para se referir à importância do dado e da informação na era do *big data*.

7 Cf. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a Efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedida, 2020. Págs. 33 e seguintes.

8 Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números, 2020* (ano base 2019). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 24/06/21.

de 2019 com 77,1 (setenta e sete vírgula um) milhões de processos em tramitação; ii) em média 12.000 (doze mil) mil novos processos ingressaram no Poder Judiciário por cada 100.000 (cem mil habitantes); iii) cada juiz julgou, em média, 8,4 (oito vírgula quatro) processos por cada dia útil do ano; iv) o Poder Judiciário, pela primeira vez, ultrapassou a marca de 100 (cem) bilhões de reais a título de despesas globais, incluindo logística, infraestrutura, tecnologia da informação, pessoal, dentre outras; v) do volume de processos hoje em tramitação, os processos eletrônicos representam 73% (setenta e três por cento) do acervo geral, e os processos físicos, 27% (vinte e sete por cento)⁹.

O relatório também traz a informação de que a política do Conselho Nacional de Justiça de incentivo à virtualização dos processos judiciais tem registrado enormes avanços quanto à informatização dos tribunais a cada ano. A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 185/2013, que instituiu o Sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais impactou, de forma significativa, o percentual de processos autuados eletronicamente, que passou de 30,4% (trinta vírgula quatro por cento) em 2013 para 90% (noventa por cento) em 2019¹⁰.

Entretanto, embora a governança de dados abertos no Sistema de Justiça represente uma evolução com impactos positivos na gestão pública do Poder Judiciário, por outro lado, há desafios a serem enfrentados.

9 O nível de informatização dos tribunais é calculado no relatório “Justiça em Números 2020”, considerando o total de casos novos ingressados eletronicamente em relação ao total de casos novos físicos e eletrônicos, desconsideradas as execuções judiciais iniciadas. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números, 2020 (ano base 2019). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 24/06/21. Pág. 113.

10 Destaca-se a Justiça Trabalhista, segmento com maior índice de virtualização dos processos, com 100% (cem por cento) dos casos novos eletrônicos no Tribunal Superior do Trabalho e 98,9% (noventa e oito vírgula nove por cento) nos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo 96,8% (noventa e seis vírgula oito por cento) no 2º grau e 100% (cem por cento) no 1º grau, e com índices muito semelhantes em todos os Tribunais Regionais do Trabalho, mostrando a existência de um trabalho coordenado e uniforme nesse segmento. Na Justiça Eleitoral, o PJe passou a ser adotado em 2017 apenas em alguns poucos tribunais. Esse segmento possui o menor percentual de casos novos eletrônicos, tendo somente três tribunais apresentado mais de 30% (trinta por cento) dos processos ingressados de forma eletrônica. Na Justiça Federal, 94,3% (noventa e quatro vírgula três por cento), e na Justiça Estadual, 88,3% (oitenta e oito vírgula três por cento). Outros onze tribunais se destacam positivamente por terem alcançado 100% (cem por cento) de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição: TJAC, TJAL, TJAM, TJMS, TJPR, TJSE, TJTO, TRF4, TJMRS, STM, TRT10, TRT11, TRT13, TRT16, TRT18, TRT24, TRT7, TRT9. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números, 2020 (ano base 2019). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 24/06/21. Pág. 113.

A implementação de uma governança de dados abertos pode provocar mudanças radicais nos paradigmas que interferem em valores e princípios, tais como autonomia e independência decisórias do Poder Judiciário quanto à implementação de políticas públicas, bem como no reconhecimento da sociedade civil quanto à atuação dos tribunais. Outras questões podem ser levantadas, como a preservação de dados voltados a pesquisas acadêmicas e a preocupação com a proteção de dados pessoais e dados pessoais sensíveis ou confidenciais.

Entrou em vigor, recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais LGPD – Lei nº 13.709/2018 –, que permite maior controle dos cidadãos sobre suas informações pessoais, exigindo consentimento explícito destinado à coleta e uso dos dados e obrigando as organizações públicas ou privadas a ofertarem opções ao usuário com vistas a visualizar, corrigir e excluir seus dados pessoais.

A solução dessas questões passa por uma governança de dados abertos efetiva, voltada aos tribunais e ao Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de garantir o suporte necessário à publicação dos dados públicos, para que estes possam ser: mais reutilizáveis, mais oportunos, mais precisos, mais completos, mais acessíveis, mais úteis e menos dispendiosos na obtenção do conhecimento.

Há, ainda, uma importante barreira a ser transposta, que é a natureza heterogênea em relação aos formatos de dados utilizados por cada tribunal, bem como a atribuição diferenciada de classes de processos e movimentos processuais, o que acaba por gerar uma baixa qualidade dos dados e uma dificuldade de estruturação (bases de dados não estruturadas). Trata-se de uma barreira técnica, tanto para os provedores quanto para os consumidores de dados, e impede a sociedade de perceber a transparência, a confiabilidade e a eficiência concreta dos dados¹¹.

A construção da governança de dados abertos do Poder Judiciário apresenta-se, portanto, como solução às dificuldades de concretização da divulgação dos dados no âmbito do Sistema de Justiça, assim sintetizadas: i) impactos nos princípios e nos valores que definem a autonomia e a independência dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça quanto às decisões de implementação de políticas públicas; ii) a mudança de perspectiva quanto à imagem do Poder Judiciário, que passa a ser

11 ATTARD, Judie. ORLANDI, Fabrizio. SCERRI, Simon. AUER, Sörenl. A Systematic Review of Open Government Data Initiatives. In *Government Information Quarterly*. V. 32. Ed. 4. 2015. Págs. 399 a 418, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0740624X1500091X>. Acesso em: 12 de julho de 2021.

ditada sob um olhar externo baseado na análise de informações/dados abertos; iii) a compatibilização com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD; iv) a preservação de dados abertos para fins de pesquisa acadêmica; e v) os problemas de ordem técnica quanto à dificuldade de parametrização de formatos digitais dos arquivos dos processos virtuais e dos sistemas de processamento utilizados por cada tribunal, além da inserção de dados de classes de processos e movimentos processuais de forma não aderente às tabelas unificadas propostas pelo Conselho Nacional de Justiça.

1. DADOS ABERTOS

A ideia de dados abertos é publicar dados em formato independente de plataformas e disponibilizados ao público, sem restrições que impeçam a reutilização destes. Nesse sentido, os dados devem ser acessíveis, legíveis por máquinas, em formato aberto e com informação produzida por todos e para todos. A exploração de dados abertos está associada à definição de seu termo, que aborda três normas fundamentais preconizadas pela *Open Knowledge* Brasil. São elas¹²:

- disponibilidade e acesso – os dados devem estar disponíveis como um todo e sob custo não maior que um custo razoável de reprodução e, preferencialmente, devem ser possíveis de serem baixados pela Internet. Os dados devem também estar disponíveis de forma conveniente e modificável;
- reuso e redistribuição – os dados devem ser fornecidos sob termos que permitam a reutilização e a redistribuição, inclusive a combinação com outros conjuntos de dados;
- participação universal – todos devem ser capazes de usar, reutilizar e redistribuir os dados – não deve haver discriminação de atuação ou contra pessoas ou grupos.

A aplicação das três normas fundamentais é essencial ao se utilizar dados abertos, pois propicia o trabalho colaborativo entre diferentes organizações e sistemas. Isso

12 Essas informações estão disponíveis em ok.org.br. Trata-se de uma Organização da Sociedade Civil (OSC) sem fins lucrativos, regida por um estatuto decidido em assembleia realizada no dia 4 de setembro de 2013. Tem por missão o desenvolvimento de ferramentas cívicas, projetos, análises de políticas públicas, promovendo o conhecimento livre de dados em vários campos do conhecimento. Acesso em 18 de julho de 2021.

ocorre devido à capacidade em interoperar os dados que foram abertos, ampliando assim a comunicação e potencializando o desenvolvimento eficiente de sistemas complexos¹³.

A abertura de dados permite a exploração dos dados publicados de forma livre, tanto por pessoas físicas quanto jurídicas, sem a necessidade de controle ou restrição¹⁴. Os dados abertos seguem alguns princípios, segundo os quais qualquer dado, para ser “aberto”, deve ser utilizado por qualquer um e para qualquer propósito. Essa filosofia é inspirada no conceito de código aberto, do inglês *Open Source*, fundamentada por três pilares: abertura, participação e colaboração¹⁵. Os princípios de dados abertos foram elaborados com simplicidade e baseados nos componentes necessários para que um dado seja considerado “aberto” e se torne referência internacional.

Os oito princípios dos dados abertos¹⁶ exigem que eles sejam: i) completos – todos os dados públicos estão disponíveis e não estão sujeitos à limitação válida de privacidade, segurança ou controle de acesso; ii) primários – os dados devem ser apresentados tais como coletados na fonte, com o maior nível de detalhamento possível e não de forma agregada ou modificada; iii) atuais – os dados são disponibilizados tão rapidamente quanto necessário à preservação do seu valor; iv) acessíveis – os dados devem estar disponíveis para o maior alcance de usuários e para as mais diversas finalidades; v) compreensíveis por máquinas – os dados devem ser razoavelmente estruturados, de modo a permitir seu processamento automatizado; vi) não discriminatórios – os dados devem estar disponíveis para qualquer pessoa, sem necessidade de cadastro; vii) não proprietários – os dados devem estar disponíveis em um formato sob o qual nenhuma entidade tenha controle exclusivo sobre eles; e, viii) livres de licenças – os dados não devem ser sujeitos a quaisquer direitos autorais, patentes, propriedade intelectual ou segredo industrial. A *Open Knowledge* esclarece que dados abertos são dados que podem ser livremente usados, reutilizados

13 Cf. ISOTANI, Seji. BITTENCOURT, Ig Ibert. *Dados Abertos Conectados*. São Paulo: Novatec, 2015. Págs. 20 e 21.

14 ISOTANI, Seji. BITTENCOURT, Ig Ibert. *Dados Abertos Conectados*. São Paulo: Novatec, 2015. Págs. 20 e 21.

15 ISOTANI, Seji. BITTENCOURT, Ig Ibert. *Dados Abertos Conectados*. São Paulo: Novatec, 2015. Págs. 20 e 21.

16 OKI - OPEN KNOWLEDGE INTERNATIONAL. *Dados Abertos*. Disponível em <https://ok.org.br/noticia/quando-surgiram-os-oito-principios-dos-dados-abertos/>. Acesso em 12 de julho de 2021.

e redistribuídos por qualquer pessoa – sujeitos, no máximo, à exigência de atribuição da fonte e compartilhamento por meio delas.

Em 2016, por meio do Decreto Federal nº 8.63814, foi instituída a Estratégia de Governança Digital, que definiu conceitos, desafios, oportunidades, objetivos estratégicos, metas, indicadores e iniciativas de implementação da Política de Governança Digital, que norteia programas, projetos, serviços, sistemas e atividades a ela relacionados¹⁷. Seu propósito é orientar e integrar as iniciativas relativas à governança digital, contribuindo para aumentar a efetividade da geração de benefícios para a sociedade brasileira por meio da: (i) expansão do acesso às informações governamentais; (ii) da melhoria dos serviços públicos digitais; e (iii) da ampliação da participação social.

O artigo 37 da CRFB/88 traz expresso na legislação os princípios da: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Para as atividades da governança digital, também foram definidos nove princípios, sendo estes complementares aos da legislação brasileira. São eles: i) foco nas necessidades da sociedade – as necessidades da sociedade, tanto de pessoas físicas quanto jurídicas, são os principais insumos para o desenho e a entrega de serviços públicos digitais; ii) abertura e transparência – ressalvado o disposto em legislação específica, dados e informações são ativos públicos que devem estar disponíveis para a sociedade, de modo a dar transparência e publicidade à aplicação dos recursos públicos nos programas e serviços, gerando benefícios sociais e econômicos; iii) compartilhamento da capacidade de serviço – órgãos e entidades deverão compartilhar infraestrutura, sistemas, serviços e dados, de forma a evitar duplicação de esforços, a eliminar desperdícios e custos e a reduzir a fragmentação da informação em silos; iv) simplicidade – a complexidade, a fragmentação e a duplicação das informações e dos serviços públicos digitais devem ser reduzidas, otimizando processos de negócio com foco na eficiência da prestação de serviços à sociedade; v) priorização de serviços públicos disponibilizados em meio digital – sempre que possível, os serviços públicos serão oferecidos em meios digitais, sendo disponibilizados para o maior número possível de dispositivos e plataformas; vi) segurança e privacidade – os serviços públicos digitais devem propiciar disponibilidade, integridade, confidencialidade e autenticidade dos dados e informações, além de proteger o sigilo e a privacidade pessoais dos cidadãos na

17 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal. Versão 1.0. Brasília: MP, 2016. Disponível em: <https://www.governoeletronico.gov.br/egd/documentos>. Acesso em 17 julho de 2021.

forma da legislação; e vii) participação e controle social – deve ser possibilitada a colaboração dos cidadãos em todas as fases do ciclo das políticas públicas e na criação e melhoria dos serviços públicos. Órgãos e entidades públicas devem ser transparentes e dar publicidade à aplicação dos recursos públicos nos programas e serviços do governo federal, fornecendo informação de forma tempestiva, confiável e acurada para que o cidadão possa supervisionar a atuação do governo; viii) governo como plataforma – o governo deve constituir-se como uma plataforma aberta, por meio da qual os diversos atores sociais possam construir suas aplicações tecnológicas para a prestação de serviços e o desenvolvimento social e econômico do país, permitindo a expansão e a inovação; e ix) inovação – devem ser buscadas soluções inovadoras que resultem em melhoria dos serviços públicos.

A Política de Dados Abertos foi instituída em 2016 por meio do Decreto Federal nº 8.777/2016. Entre outros objetivos, esse decreto promove a publicação dos dados contidos em bases de dados de órgãos e entidades públicas e, também, a obrigatoriedade de publicização de um Plano de Dados Abertos pelos órgãos e entidades públicas.

Por fim, em 2018, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/2018), que trata da proteção de informações pessoais dos cidadãos. A norma visa garantir mais transparência na coleta, no processamento e no compartilhamento dos dados dos indivíduos, inclusive em meio digital. O objetivo final é dar ao cidadão maior controle sobre o uso das suas informações pessoais. Essa lei abrange tanto a iniciativa privada quanto órgãos e entidades públicas.

2. DADOS ABERTOS NO PODER JUDICIÁRIO

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, orientado pelos avanços tecnológicos, implementou uma política de geração de dados com vistas a aumentar a transparência, a capacidade de elaboração e a precisão dos diagnósticos relativos às atividades da Justiça por meio da disponibilização de informações detalhadas e fidedignas. A fonte dos dados é a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud)¹⁸, que passa a contar com o sistema Codex, que automatiza a extração e a

18 A Resolução CNJ nº 331/2020 instituiu a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>. Acesso em 13 de julho de 2021.

entrada de informações e subsidia os modelos de inteligência artificial aderentes ao trabalho da Justiça.

A alimentação dos dados ocorre de maneira automatizada, o que eleva a segurança e, ao mesmo tempo, proporciona a otimização da força de trabalho do Judiciário. Com isso, estão sendo extintos ou simplificados cadastros que até agora permitiram conhecer o funcionamento de partes importantes da Justiça e tem sido dada maior transparência aos dados que subsidiam a formulação de políticas públicas implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

De forma a garantir maior transparência, o DataJud utiliza uma interface de Programação de Aplicativos (API, na sigla em inglês) pública, que corresponde a um conjunto de instruções e padrões de sistema que possibilitam a integração e o intercâmbio de dados. Dessa forma, o sistema cria caminhos para a utilização de inteligência artificial na classificação dos processos e na identificação de similaridades para as pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ao mesmo tempo, a disponibilização dos dados na forma de interface de API dialoga com a política de dados abertos, gera segurança, agilidade e possibilidades de integração entre os mais diversos sistemas e aplicações, além de resguardar o sigilo e a confidencialidade das informações nos termos da legislação processual e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

3. AS DIFICULDADES NA ESTRUTUAÇÃO DOS DADOS ABERTOS NO PODER JUDICIÁRIO

As dificuldades na estruturação de dados abertos no Poder Judiciário vão desde os impactos nos princípios e valores que definem a autonomia e a independência dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça quanto às decisões de implementação de políticas públicas; passando pela mudança de perspectiva quanto à imagem do Poder Judiciário, que passa a ser ditada sob um olhar externo baseado na análise de informações/dados abertos; bem como pela compatibilização com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, com a preservação de dados abertos para fins de pesquisa acadêmica, e pelos problemas de ordem técnica quanto à dificuldade de parametrização de formatos digitais dos arquivos dos processos virtuais e dos sistemas de processamento utilizados por cada tribunal; englobando ainda a inserção

de dados de classes de processos e movimentos processuais de forma não aderente às tabelas unificadas propostas pelo Conselho Nacional de Justiça.

O uso da tecnologia voltada à estruturação de dados estatísticos no âmbito do Poder Judiciário é importante ferramenta de auxílio à produção e gestão de dados estatísticos do Poder Judiciário, fomentada hoje pelo Conselho Nacional de Justiça, como instrumentos que permitem o monitoramento de ações voltadas à melhoria e à eficiência da prestação jurisdicional. A tecnologia, inicialmente utilizada na produção de informação sobre as atividades judiciais, deve ser, também, empregada na produção de dados estatísticos¹⁹.

Os dados do Poder Judiciário devem ser divulgados e devem ser públicos, de forma a atender aos critérios de *accountability* e responsabilidade judicial. E, ainda, os dados estatísticos servem para auxiliar os juízes na administração dos tribunais; os legisladores, na avaliação dos conflitos gerados a partir da elaboração de normas; e os cidadãos e as organizações que utilizam o Judiciário, como forma de reduzir a incerteza jurídica.

A questão da parametrização, da “higienização” e da estruturação dos dados estatísticos são medidas salutaras na construção da política de gestão e produção de dados pelo Poder Judiciário, fomentada e supervisionada pelo Conselho Nacional de Justiça, inclusive como meta de governança estratégica do Sistema de Justiça.

Hoje, os tribunais apresentam grande dificuldade em estruturar seus dados e parametrizar com as tabelas unificadas do Conselho Nacional de Justiça, em razão dos diversos sistemas existentes hoje em cada um deles e dos diferentes formatos de arquivos. O trabalho das equipes de Tecnologia da Informação (TI) em cada tribunal é importante, e a tecnologia tem se mostrado grande aliada, especialmente no trabalho de adequação e limpeza dos dados para posterior envio.

As dificuldades quanto à melhoria da qualidade dos dados estatísticos coletados e extraídos indica a ausência de parametrização dos sistemas de informática, não só no que diz respeito às classes processuais, como também aos movimentos processuais e até mesmo às estruturas dos diversos bancos de dados de cada sistema existente hoje em cada tribunal, constituindo-se como um grande obstáculo.

19 OLIVEIRA, Fabiana Luci de. CUNHA, Luciana Gross. Os Indicadores sobre o Judiciário Brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. In Revista de Direito GV. São Paulo. V. 16. Nº 1. Jan/abril 2020. Págs. 1 a 23. e1948. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948>.

O Brasil está entre os países com melhor desempenho no que se refere à publicação de estatísticas judiciais. Entretanto, os dados indicam que o Judiciário brasileiro é lento e caro, apesar da alta produtividade dos juízes²⁰.

A produção de dados judiciais no Brasil segue o modelo clássico de avaliação de desempenho, sob as dimensões da avaliação de desempenho de eficiência (produtividade), eficiência econômica (custos) e celeridade (tempo)²¹.

E, ainda, desde a criação do CNJ, em 2005, não se verificou qualquer mudança significativa na maneira como os dados estatísticos são gerados, extraídos e consolidados, o que continua a ser feito por meio de planilhas e formulários eletrônicos. Entretanto, o papel do Conselho Nacional de Justiça revela-se na qualidade de agente fundamental na construção de uma política pública de produção, geração e gestão de dados no âmbito do Sistema de Justiça.

Outras dificuldades podem ser apontadas no que diz respeito à melhoria da qualidade dos dados estatísticos no Sistema de Justiça, para além da ausência de parametrização das classes processuais e dos movimentos processuais. Cita-se, como exemplo, as dificuldades de ordem financeira e investimento insuficientes nessa área, além das dificuldades sistêmicas dos programas tecnológicos de integração com os sistemas do Conselho Nacional de Justiça e até mesmo as dificuldades de capacitação dos servidores e magistrados voltadas à leitura e à ciência de dados.

Após os escândalos de 2002, ocorridos nos Estados Unidos, envolvendo grandes corporações que divulgaram balancetes “maquiados” e falsas informações empresariais, o mercado financeiro, junto com o governo americano, exerceu pressão para que as organizações relatassem uma “versão única da verdade”. Para isso, foram criados mecanismos, como a lei *Sarbanes-Oxley* (SOX) e Basileia II, obrigando as organizações a se adequarem e a garantirem a conformidade legislativa com a apresentação de dados financeiros mais precisos. Devido à seriedade da situação,

20 OLIVEIRA, Fabiana Luci de. CUNHA, Luciana Gross. Os Indicadores sobre o Judiciário Brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. In Revista de Direito GV. São Paulo. V. 16. Nº 1. Jan/abril 2020. Págs. 1 a 23. e1948. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948>.

21 OLIVEIRA, Fabiana Luci de. CUNHA, Luciana Gross. Os Indicadores sobre o Judiciário Brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. In Revista de Direito GV. São Paulo. V. 16. Nº 1. Jan/abril 2020. Págs. 1 a 23. e1948. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948>.

as organizações passaram a ter a devida noção e tratar dados como um importante ativo²².

Os ativos de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) referem-se a tecnologias – computadores, comunicação e bancos de dados, que ajudam a automatizar tarefas bem definidas enquanto ativos de informação – ou dados, definidos como fatos com valor ou valor potencial que são documentados. Consonante a isso, nos últimos anos, o volume de dados utilizados tem aumentado dramaticamente dentro das organizações, compreendidos os tribunais e o Sistema de Justiça.

Governar esses dados também se tornou um fator crítico, para que os dados sejam tratados como um bem valioso a serviço do usuário da Justiça. Há um volume enorme de dados judiciais, extraídos dos diversos sistemas dos tribunais, capturados e mantidos no DataJud pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem o papel, juntamente com cada tribunal, de gerenciar a quantidade extrema de dados, o que se revela complexo e desafiador, justamente no momento em que o dado é visto como um recurso estratégico.

Os dados, considerados ativos organizacionais, demandam estratégia e governança sobre eles para obter as vantagens que eles podem fornecer. Dados só se tornam ativos a partir do momento em que se tornam estruturados no ambiente tecnológico, em que são submetidos a critérios e à ciência de leitura de dados e estejam inseridos em um ambiente de governança. Só dessa forma é possível controlar e alavancar de forma eficaz o uso dos ativos de dados, sendo que sua missão e objetivos são atender e exceder às necessidades de informação para todas as partes interessadas em termos de disponibilidade, segurança e qualidade dos dados.

4. UMA NECESSÁRIA GOVERNANÇA DE DADOS ABERTOS NO PODER JUDICIÁRIO

Pelos conceitos da *Data Governance Institute*²³, a governança de dados é um procedimento de tomada de decisões e responsabilidades com os processos relacionados aos dados, baseando-se em políticas, normas, organização e restrições

22 BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: prática, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. Pág. 50.

23 *Data Governance Institute* é um instituto americano que disponibiliza informações sobre governança de dados. Disponível em: <https://datagovernance.com/the-data-governance-basics/adg-data-governance-basics/>. Acesso em 14 de julho de 2021.

de dados. O foco de atuação da governança de dados pode variar de organização para organização, começando pela privacidade de dados até a qualidade deles, passando ainda por diversas áreas do seu ciclo de vida.

A governança de dados refere-se à forma pela qual uma organização trata seus dados, percebidos como parte de seus ativos organizacionais²⁴. Com isso, verifica-se que a governança de dados gestiona os ativos de dados corporativos por meio de planejamento e controle. É o exercício da autoridade, do controle e da tomada de decisão dos ativos de dados compartilhada sobre o gerenciamento dos ativos de dados²⁵ e que podem ser elencados da seguinte forma:

- identificação das necessidades estratégicas de dados;
- supervisão das áreas e dos profissionais relacionados ao gerenciamento de dados;
- desenvolvimento e manutenção da estratégia de dados;
- coordenação das atividades de governança de dados;
- estruturação de papéis e funções no gerenciamento de dados;
- gerenciamento e resolução dos problemas de dados;
- identificação e nomeação dos profissionais que exercerão os papéis no contexto dos dados;
- monitoramento e garantia da conformidade regulatória, contemplando políticas, padrões e arquitetura de dados;
- estabelecimento da função de gestor de dados e orientações do trabalho nessa função;
- supervisão, gestão de projeto e serviços de dados;
- desenvolvimento e aprovação das políticas, dos padrões e dos procedimentos dos dados;
- comunicação e promoção do valor dos ativos de dados;

24 BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: prática, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. Pág. 100. Kindle.

25 MOSLEY, M. BRACKETT, M. EARLEY, S. HENDERSON, D. The DAMA Guide to The Data Management Body of Knowledge: DAMA - DMBOK Guide. 1. ed. Estados Unidos: Technics Publications, 2012. Págs. 67 e 68.

- estimativa do valor dos ativos de dados e dos custos associados a seu gerenciamento.

O planejamento da gestão de dados está voltado a criar e manter um modelo arquitetural de referência no uso dos dados na organização. Já o controle da gestão de dados realiza o monitoramento, com a coordenação da execução das atividades e o gerenciamento de possíveis conflitos.

Uma boa abordagem na implementação da governança de dados pode ajudar os tribunais e o Conselho Nacional de Justiça a: (i) criar uma missão clara; (ii) aumentar a confiança no uso dos dados organizacionais; (iii) estabelecer responsabilidades; (iv) manter o escopo e o foco; e (v) definir sucessos mensuráveis.

Nesse contexto, a construção de uma arquitetura de dados abertos no âmbito do Poder Judiciário pode contribuir em muito na solução dos problemas anteriormente apresentados com a criação de comitês gestores, a exemplo do que já existe no Conselho Nacional de Justiça²⁶.

Compete ao Comitê Consultivo de Dados Abertos e Proteção de Dados Pessoais na forma da Resolução CNJ nº 334/2020: I – avaliar e propor padrões de interoperabilidade e de disponibilização de dados de processos judiciais por meio de APIs (Application Programming Interfaces) em formato legível por máquina, para o acesso massivo aos dados processuais dos sistemas eletrônicos de tramitação processual; Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça II – avaliar e definir parâmetros para a padronização da cobrança pelo acesso aos dados do Poder Judiciário, respeitada a proporcionalidade entre seu valor e o volume de dados acessados; III – propor medidas para que, na execução da política de dados abertos, sejam observados os direitos e as garantias previstos na Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), incluindo, entre outras: a) medidas técnicas e administrativas para proteção dos elementos identificadores de pessoas naturais, tais como pseudonimização, anonimização, acesso restrito ou ocultação; b) medidas de gerenciamento e limitação do acesso massificado aos documentos juntados pelas partes, considerando os riscos aos titulares de dados pessoais; IV – realizar estudos e propostas para aperfeiçoamento dos critérios e metadados de armazenamento e

26 Resolução CNJ nº 334/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original193417202009225f6a51b9a757c.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2021.

disponibilização de conteúdos, acompanhando a evolução tecnológica na área de inteligência artificial aplicada ao direito.

Dessa forma, os fatores de sucesso adotados pela governança de dados devem compreender²⁷:

- a criação de uma cultura organizacional centrada na informação;
- o estabelecimento de responsabilidades pelos ativos de dados;
- a segurança dos dados de forma eficaz e apropriada;
- a melhoria da qualidade e da utilidade dos dados, tornando-os mais oportunos, mais precisos, mais completos e mais acessíveis;
- a redução nos custos de gerenciamento de dados;
- o compartilhamento de dados por meio de processos reutilizáveis;
- a reutilização de dados por meio de processos compartilhados;
- o fornecimento de recursos de *business intelligence* (BI) para autoatendimento;
- o desenvolvimento pessoal de gerenciamento de dados de classe empresarial; e
- a adoção de ferramentas de gestão de dados.

Uma boa governança de dados pode ajudar o Conselho Nacional de Justiça e os tribunais a criarem uma missão clara e alcançável e a aumentarem a confiança no uso dos dados judiciais. Além disso, o desenvolvimento de uma governança de dados no âmbito do Poder Judiciário de forma eficaz trará muitos benefícios, tais como uma melhor tomada de decisão, a redução do atrito operacional e a proteção das necessidades dos produtores e dos consumidores de dados. A capacitação das equipes após a implementação de uma governança permitirá a adoção de abordagens comuns de questões de dados, a construção de processos padronizados e repetitivos,

27 BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: prática, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. Pág. 150 e 151. Kindle.

a redução dos custos e o aumento da eficácia e da eficiência por meio da coordenação de esforços, além de garantir a transparência dos processos.

É necessário o estabelecimento de um plano para melhorar a maneira como se aproveitam os dados no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a transformar dados em informações e, eventualmente, em conhecimento, produzindo melhorias mensuráveis. Sem uma governança de dados, os indicadores podem não representar ativos valiosos no Poder Judiciário. Já através dela será possível gerenciar o Sistema de Justiça e propor soluções para: dados sujos; dados redundantes; dados inconsistentes; incapacidade de integração; baixo desempenho; péssima disponibilidade; pouca responsabilidade; e usuários cada vez mais insatisfeitos com o desempenho da Tecnologia da Informação e Comunicação.

Ultimamente, a governança tem sido o foco de atenção dos especialistas em governo, de políticas públicas e da interoperabilidade, principalmente com o advento da Lei de Acesso à Informação (LAI) e abertura de dados – Lei nº 12.527/2011. Tais iniciativas requerem dados íntegros, de propriedade (re)conhecida, de forma a garantir informações de qualidade que viabilizem não só a transparência, mas também a implementação de políticas ainda mais eficientes e de serviços eletrônicos efetivos à sociedade. Com isso, o estágio do governo eletrônico no Brasil requer um reposicionamento das ações alinhado aos avanços da tecnologia e às demandas da sociedade. Assim, o conceito de governo eletrônico, que abarca a ideia de informatizar os serviços prestados pelo governo para a sociedade, é expandido para o de governança digital. Os resultados da governança digital (e-Governance) têm sido acompanhados e mensurados periodicamente por meio de indicadores definidos por objetivos estratégicos. Exemplo disso é a Estratégia de Governança Digital (EGD), que se propõe a orientar e integrar as iniciativas relativas à governança digital na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal, contribuindo para aumentar sua efetividade.

Nessa linha e alinhado às diretrizes do governo federal, o Conselho Nacional de Justiça tem implementado o desenvolvimento de estratégias de governança digital, nelas inserida a plataforma de dados estatísticos do Poder Judiciário. Entretanto, faz-se necessário um enfoque de maior eficácia, eficiência e transparência na construção dessa governança de dados abertos, com o escopo de se garantir: i) maior qualidade de dados; ii) estruturas de gestão formadas por gestores em dados e cientistas de dados capazes de fazer a leitura dos dados com maior acurácia e precisão; e o

iii) estabelecimento de rotinas e processos necessários à tomada de decisão sobre os dados coletados, extraídos, armazenados e divulgados no âmbito do Comitê Consultivo de Dados Abertos do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base de dados abertos do Poder Judiciário necessita da construção de uma governança de dados no âmbito do Comitê Consultivo de Dados Abertos criados pela Resolução CNJ nº 334/2020.

Importante a definição dos processos de tomada de decisão, de gestão e de fluxos de trabalho e de análise dos dados que hoje estão sendo extraídos, tratados e disponibilizados, em especial à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Importante ainda que sejam estabelecidas rotinas de trabalho e estudos de capacitação de todos os servidores e magistrados no âmbito do Poder Judiciário sobre a importância dos dados e dos dados abertos do sistema de Justiça.

A compreensão da importância da abertura de bases de dados do Poder Judiciário perpassa os diversos atores, no caso, o Conselho Nacional de Justiça e a sociedade. Essa compreensão resultará na melhoria da qualidade dos dados disponibilizados e numa maior abrangência de bases a serem abertas, além de permitir uma maior integração com outras organizações públicas e privadas que atuam no campo de governo aberto. Para tanto, um diálogo mais amplo entre os órgãos gestores e os usuários das bases de dados abertas promoverá avanços significativos na utilização de seu potencial conhecimento e no alcance de seus benefícios. Quando se trata de gestão digital, as tratativas em relação ao uso dos dados ganham uma enorme importância, pois as estratégias e iniciativas governamentais devem ser abertas e comunicadas, bem como seus resultados e impactos, a fim de garantir que elas sejam conhecidas dentro e fora do Poder Judiciário.

A arquitetura de uma governança de dados de alta qualidade exigirá que o Conselho Nacional de Justiça aplique ações adequadas definidas pela governança em relação à qualidade, à integridade, à acuracidade e à segurança de dados.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade de Informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ATTARD, Judie. ORLANDI, Fabrizio. SCERRI, Simon. AUER, Sörenl. A Systematic Review of Open Government Data Initiatives. In Government Information Quarterly. V. 32. Ed. 4. 2015. Págs. 399 a 418, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0740624X1500091X>. Acesso em: 12 de julho de 2021.

BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: prática, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. Pág. 52. Kindle.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. Tradução de Alexandra Lemos e Rita Espanha. Sob a coordenação de José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. (A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. V. 1)

GABRIEL, Martha. Você, Eu e os Robôs: Pequeno Manual do Mundo Digital. São Paulo: Atlas, 2020 (4ª reimpr.). Págs. 15 a 17.

HUGHES, Owen. Does Governance Exist? In The New Public Governance. Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance. Editado por Stephen P. Osborne. Londres, Nova York: Routledge, 2010.

ISOTANI, Seji. BITTENCOURT, Ig Ibert. Dados Abertos Conectados. São Paulo: Novatec, 2015.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a Efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedida, 2020.

MOSLEY, M. BRACKETT, M. EARLEY, S. HENDERSON, D. The DAMA Guide to The Data Management Body of Knowledge: DAMA - DMBOK Guide. 1. ed. Estados Unidos: Technics Publications, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. CUNHA, Luciana Gross. Os Indicadores sobre o Judiciário Brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. In Revista de Direito GV. São Paulo. V. 16. Nº 1. Jan/abril 2020. Págs. 1 a 23. e1948. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948>.

Resolução CNJ nº 331/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>. Acesso em 18 de julho de 2021.

Resolução CNJ nº 333/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3488>. Acesso em 18 de julho de 2021.

Resolução CNJ nº 334/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original193417202009225f6a51b9a757c.pdf>. Acesso em 18 de julho de 2021.

Justiça em Números – CNJ. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 24/06/21.

Justiça em Números – CNJ. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 24/06/21.

Open Knowledge Brasil: ok.org.br. Acesso em 18 de julho de 2021.

OKI - OPEN KNOWLEDGE INTERNATIONAL. Dados Abertos. Disponível em <https://ok.org.br/noticia/quando-surgiram-os-oito-principios-dos-dados-abertos/>. Acesso em: 12 de julho de 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal. Versão 1.0. Brasília: MP, 2016. Disponível em: <https://www.governoeletronico.gov.br/egd/documentos>. Acesso em 17 de julho de 2021.

Data Governance Institute. Disponível em: <https://datagovernance.com/the-data-governance-basics/adg-data-governance-basics/>. Acesso em 14 de julho de 2021.

A DEPENDÊNCIA MILITAR E O *SLOGAN* DO DENOREX – “PARECE, MAS NÃO É!”

MILITARY DEPENDENCE AND THE DENOREX SLOGAN – “IT SEEMS, BUT IT IS NOT!”

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz

Mestranda em Perícias Forenses

Mãe e dona de casa

Juíza federal

RESUMO: O presente artigo analisa a evolução da legislação militar relativa às prestações de assistência médico-hospitalar, funeral e pensão por morte, declinando o respectivo rol de dependentes. Isso porque os beneficiários dos ditos direitos vêm dispostos em muitos diplomas legais e sofreram profundas mudanças em 2001 e 2019, com a inserção de várias regras transitórias, de modo que, mediante metodologia descritiva, o objetivo do trabalho passa a ser identificar quem são os dependentes que a legislação militar atribui e quais os direitos a eles assegurados, inclusive apurando eventuais diferenças existentes entre eles em relação a um benefício ou outro, quando houver. A partir da visão global das categorias de dependentes dispostas lado a lado em análise comparativa, discutem-se as diversas possibilidades existentes, orientando o leitor para visualizar a quem cabe cada uma das prestações em jogo e também as principais questões que acorrem ao Judiciário sobre o tema. Na conclusão, o estudo mostra que o conhecimento dos diversos marcos de direito adquirido para o enquadramento do dependente em determinada prestação é fundamental para assegurar assistência médico-hospitalar, funeral e pensão por morte aos verdadeiros beneficiários militares, autorizando a administração das Forças Armadas a excluir aqueles que irregularmente estejam sendo mantidos.

Palavras-chave: Direito Militar. Aplicação da Lei no Tempo. Pensão. Assistência Médico-Hospitalar. Dependentes.

ABSTRACT: *This article analyzes the evolution of the military legislation regarding the benefits of medical-hospital, funeral and pension for death, declining the respective list of dependents. This is because the beneficiaries of these rights are provided for in many legal diplomas and underwent profound changes in 2001 and 2019, with the insertion of several transitional rules, so that, through a descriptive methodology, the objective of the work becomes to identify who the dependents are that the military legislation assigns and what rights are guaranteed to them, including investigating eventual differences between them in relation to one benefit or another, if any. From the global view of the categories of dependents arranged side by side in a comparative analysis, the various existing possibilities are discussed, guiding the reader to visualize who is responsible for each of the benefits at stake and also the main questions that come to the Judiciary about the theme. In conclusion, the study shows that the knowledge of the various milestones of acquired right for the classification of the dependent to a certain benefit is fundamental to ensure medical and hospital assistance, funeral and death pension to true military beneficiaries, authorizing the administration of the Armed Forces to exclude those that are being irregularly maintained.*

KEYWORDS: Military Law. Application of the Law in Time. Pension. Medical-Hospital Assistance. Dependents.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pode ser engraçado e até contraditório resgatar o bordão de uma marcante campanha publicitária (Os Anos 80 Vídeos – Comerciais de TV, 2014) para tratar da disciplina legal dos dependentes das Forças Armadas. No entanto, é exatamente essa a sensação que o intérprete tem ao se debruçar sobre a legislação militar com a missão de apurar quem pode usufruir de direitos em vida (assistência médico-hospitalar) ou após a morte do titular (pensão e funeral). Ora parece dependente, mas não é; ora não parece dependente, mas é.

A própria definição de dependente estabelecida para a caserna configura o início da dúvida subsistente. Aparentemente, não há distinção entre o dependente para receber pensão por morte e o dependente para obter prestação de funeral e

saúde, que, no caso militar, é chamada de assistência médico-hospitalar¹. Ocorre que a disciplina legal realiza, sim, essa distinção, como será oportunamente demonstrado e não raro é despercebido pelos aplicadores do direito. E os que são dependentes para uns direitos não são para outros. É dizer, parecem dependentes, mas não são.

Por outro lado, ninguém duvida, por exemplo, de que a esposa ou um filho menor de idade sejam considerados dependentes de um militar. Diferentemente, pode-se questionar a existência da dependência de uma filha maior, casada, que desempenhe atividade laborativa. É exatamente a situação do dependente que não parece, mas é.

O senso de justiça do homem médio dos dias atuais certamente rechaça proteção previdenciária nessa última hipótese, mas razões no passado houve para o legislador dar acolhida às filhas de militares. As razões da lei de ontem podem não mais estar presentes hoje, mas se a lei está em vigor, ou, pelo menos, se esteve e é aplicável, não cabe ao intérprete negar o direito, sob pena de incidir em atitude *contra legem*, em que pese a evolução fática desautorizar as razões que justificaram a sua criação. Na prática, eventual ação interpretativa desse naipe encontra eco na Escola do Direito Livre². No entanto, razões de segurança jurídica impelem o intérprete a se agarrar na lei, pois se lhe fosse dada a permissão para interpretar a seu talante, cada qual faria sua própria justiça e ninguém saberia afinal o ponto de partida.

No momento em que forças revisionais visitam o Poder Legislativo e o impelem à reforma, motivadas pelos novos tempos, pela atualização havida na sociedade, pelo agir do Poder Executivo que toma iniciativa e coage à mudança efetivada pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário é levado a cumprir seu papel de interpretar a lei e de aplicá-la, dirigindo ao menor sacrifício possível os direitos dos jurisdicionados. Em variadas leis, entra em cena o direito intertemporal ou a aplicação da lei no tempo, iluminando o intérprete na missão de que dispõe³. No caso brasileiro, adotou-se a teoria subjetiva, que preza pela proteção aos direitos adquiridos⁴. A regra é a de que

1 Aqui as referências passarão a ser feitas entre pensão e assistência médica, tecnicamente mais conhecida como assistência médico-hospitalar, a qual, por razões didáticas, pode ser substituída por expressões mais simples e gerais, como “assistência médica”, “seguro saúde”, “plano de saúde” dos militares.

2 A propósito das escolas hermenêuticas: SILVA, 2017.

3 Sobre os fundamentos do Direito Intertemporal na aplicação do Direito, colaborativo é o artigo do Prof. José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2016).

4 Como atesta ALMEIDA (2008), nem mesmo o Supremo Tribunal Federal – STF tem um conceito tópico do instituto, decidindo pela existência ou não a partir dos julgamentos dos casos apresentados.

tempus regit actum, isto é, a lei do tempo é a lei aplicável para regular as situações à medida que ocorram os fatos previstos como hipótese da norma, mas há aplicações ultra-ativas ou retroativas da legislação em respeito às relações constituídas ou em constituição. Assim, quem quer que tenha preenchido os requisitos legais ao tempo da existência da lei tem direito adquirido a fruir o benefício. Mas há casos em que os requisitos não chegaram a ser preenchidos, embora estivessem em vias de se completar e, considerando isso, o legislador entendeu necessária a proteção, quando estabelece uma regra temporária para reger o caso, de modo que a lei é revogada, e, assim, não se aplica aos casos futuros, mas persiste aplicável a algumas situações passadas. Por essa razão, importante conhecer a disciplina aplicável e visualizar quem goza do qualificativo de dependente para fins de fruição dos direitos, a despeito das diversas mudanças dos diplomas legais. Sob esse enfoque é que se pode chegar a um padrão que permita detectar mais facilmente a lei aplicável ao longo do tempo.

Com base em metodologia descritiva, o estudo percorrerá toda a evolução legislativa que envolve a qualificação da dependência para enquadramento nos direitos dos militares, inclusive confrontando com o estatuto dos servidores públicos civis do Regime Jurídico Único – RJU e com aquele atinente ao Regime Geral de Previdência Social, espalhando-se sobre a nova disciplina da Reforma da Previdência Militar, de modo a permitir – e esse é o objetivo do artigo – identificar quem são os dependentes que a legislação militar atribui e quais os direitos que a eles são assegurados, inclusive apurando eventuais diferenças existentes entre eles em relação a um benefício ou outro, quando houver.

Sob essa perspectiva, é leitura recomendável a aplicadores e operadores da legislação militar, mas também a quem quer que se considere beneficiário na condição de dependente, de modo a saber se o que parece, é.

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

As Forças Armadas, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica são instituições permanentes responsáveis pela Defesa do Estado Brasileiro e vêm disciplinadas no art. 142 da Constituição Federal de 1988. No inciso X do §3º do referido dispositivo, é dado o fundamento de validade para o Estatuto dos Militares, à medida que estabelece que

lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Dando concretude ao comando constitucional, a Lei 6.880, de 9/12/1980, ou simplesmente Estatuto dos Militares – EM, dispõe sobre o rol de direitos no art. 50. Assim, os beneficiários da proteção militar trazida pelo dispositivo consistem em militares (da ativa e da reserva) e seus dependentes, aos quais a legislação assegurou algumas prestações consistentes em assistência-médico hospitalar, funeral e pensões, com o seguinte teor:

Art. 50. São direitos dos militares: (...)

IV - nas condições ou nas limitações impostas por legislação e regulamentação específicas, os seguintes: (...)

e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários;

f) o funeral para si e seus dependentes, constituindo-se no conjunto de medidas tomadas pelo Estado, quando solicitado, desde o óbito até o sepultamento condigno; (...)

l) a constituição de pensão militar; (destacou-se)

Mas, se essas são as prestações a serem dadas pela organização militar – OM, há de haver alguma norma que preveja quem serão esses tais dependentes e quais as condições para essa dependência. E, após identificar as regras pertinentes, será possível dizer quem poderá ser acobertado com pensão, funeral e assistência médica militares. Forte nessa missão é o próprio art. 50, nos seus §§2º e 3º do EM, que

estabelece quem deve ser considerado dependente do militar (rol de dependentes). Em sua redação original, ainda de 1980, nele se lia:

Art. 50. (...)

§2º São considerados dependentes do militar:

I – a esposa;

II – o filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou interdito;

III – a filha solteira, desde que não receba remuneração;

IV – o filho estudante, menor de 24 (vinte e quatro) anos, desde que não receba remuneração;

V – a mãe viúva, desde que não receba remuneração;

VI – o enteado, o filho adotivo e o tutelado, nas mesmas condições dos itens II, III e IV;

VII – a viúva do militar, enquanto permanecer neste estado, e os demais dependentes mencionados nos itens II, III, IV, V e VI deste parágrafo, desde que vivam sob a responsabilidade da viúva;

VIII – a ex-esposa com direito à pensão alimentícia estabelecida por sentença transitada em julgado, enquanto não contrair novo matrimônio.

§3º São, ainda, considerados dependentes do militar, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto, e quando expressamente declarados na organização militar competente:

a filha, a enteada e a tutelada, nas condições de viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

a mãe solteira, a madrasta viúva, a sogra viúva ou solteira, bem como separadas judicialmente ou divorciadas, desde que, em qualquer dessas situações, não recebam remuneração;

os avós e os pais, quando inválidos ou interditos, e respectivos cônjuges, estes desde que não recebam remuneração;

o pai maior de 60 (sessenta) anos e seu respectivo cônjuge, desde que ambos não recebam remuneração;

o irmão, o cunhado e o sobrinho, quando menores ou inválidos ou interditos, sem outro arrimo;

a irmã, a cunhada e a sobrinha, solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

o neto, órfão, menor inválido ou interdito;

a pessoa que viva, no mínimo há 5 (cinco) anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial;

a companheira, desde que viva em sua companhia há mais de 5 (cinco) anos, comprovada por justificação judicial;

o menor que esteja sob sua guarda, sustento e responsabilidade, mediante autorização judicial.

A partir da primeira lida já se constata o óbvio: a amplitude do elenco de beneficiários. Quem quer que morasse com o militar poderia usufruir das benesses da dependência, ainda que não existisse obrigação alimentar, ainda que sequer sangue do membro da caserna fosse. Tudo é muito justificado pelo momento histórico vivido, pois o país passava por uma ditadura militar, por isso compreensivo o alargamento do plexo de direitos. Certamente assistiu-se a uma migração das famílias, de modo a abarcar, como que em um guarda-chuva, protegendo os que estivessem numa das situações descritas nas hipóteses legais.

Mas uma segunda lida com um pouco mais de atenção vai levar o intérprete a outra constatação. O dependente para fins de pensão não é o mesmo dependente para fins de funeral e assistência médica. Isso porque, a par da lei geral que institui os direitos dos militares – Lei 6.880, de 9/12/1980, há uma lei que regula especificamente um desses direitos, que é o das pensões, a Lei. 3.765, de 4/5/1960, e, como se vê, é vinte anos mais antiga que o estatuto. O referido diploma legal estabeleceu todo o regime da pensão militar. O que seria um direito previdenciário que poderia vir expresso na

própria Lei 6.880/80, dada a finalidade de regulamentar o estatuto dos militares, por opção legislativa, foi mantido desgarrado e tratado de forma especial noutro diploma legal, o qual fez questão de estabelecer quem eram os dependentes para fins **dessa** prestação. E disciplinou de forma totalmente diferente, assim gizando:

Art. 7º A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I – à viúva;

II – aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;

III – aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;

IV – à mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;

IV – à mãe, ainda que adotiva, viúva, solteira ou desquitada, e ao pai, ainda que adotivo, inválido ou interdito; (Redação dada pela lei nº 4.958, de 1966)

V – às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;

VI - ao beneficiário instituído, desde que viva na dependência do militar e não seja do sexo masculino e maior de 21 (vinte e um) anos, salvo se for interdito ou inválido permanentemente.

Como se vê, a dependência para fins de pensão não é a mesma para fins dos demais direitos de fruição pelo terceiro não militar. E, por se tratar de uma lei especial, não é derogada pela lei geral⁵, ainda que a ela posterior, haja vista que, se o legislador quisesse, teria incluído no diploma novo – mesmo porque essa é a finalidade do estatuto –, que estabeleceu toda a gama de direitos dos militares à regulação das pensões, mas escolheu deixa-la regulada na lei antiga, de 1960.

Isso explica o porquê de haver várias regras de dependentes. Uma está no corpo da Lei 6.880/80; outra, na Lei 3.765/60. Na doutrina, a despeito de perceber

5 Para relembrar as discussões sobre hermenêutica jurídica e aplicação de leis no tempo, antinomias de primeiro e segundo graus: Tiago Bitencourt de David (2014).

essas diferenças, há quem acabe confundindo conceitos, como, por exemplo, os de beneficiários com dependentes a que se reporta Leitão (2018). E na aplicação das normas, não raro a própria Administração Militar envereda por caminhos obtusos, como apontado por Barbosa (2013), no sentido de que o pensionista de militar não pode receber prestação de saúde porque para tanto o militar deveria estar vivo. Essa diferença tem passado despercebida pelo próprio Judiciário, que é levado a erro até por desconhecer essa peculiaridade de distinção entre a qualidade de dependente das prestações pensão e assistência médica/funeral. Quem é dependente para fins de pensão não é dependente para fins do plano funeral e/ou de saúde, e pode acontecer de o inverso igualmente ser verdadeiro, o dependente nos planos funeral/saúde não ser dependente de pensão. Aqui se confirma o *slogan* Denorex: “parece, mas não é!”.

Tradicionalmente, o direito previdenciário, seja dos servidores civis, seja do regime geral, prevê os mesmos direitos, não havendo distinções no rol de beneficiários para fins de uma ou outra prestação. Por outro lado, vêm se percebendo ao longo dos anos inúmeras alterações legislativas em ambos os regimes tendentes a uniformizar os direitos de uns e outros⁶, isto é, assiste-se a uma equalização do público com o privado. Só que os militares tinham passado ilesos por muitas alterações havidas quando da instituição do Regime Jurídico Único – RJU em 1990 e do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, em 1991. Apenas na década seguinte, de 2000/2001, é que houve mudança, que se deu por meio da MP 2.215-10, de 31/8/2001, a qual manteve a dependência do Estatuto dos Militares, mas alterou o ponto quanto à regulação das pensões da Lei 3.765/60. Os dependentes de pensão militar passaram a ser os descritos na nova redação do art. 7º, com redação dada pelo referido diploma legal e de seguinte teor:

Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

a) cônjuge;

6 Essa vem sendo a tendência da política pública atual, inclusive francamente encampada pelo ministro da Economia, Paulo Guedes, a contragosto natural de todos os servidores públicos do país. A título de exemplo: Notícia Jovem Pan de 11/5/2021.

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar;

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia;

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

II - segunda ordem de prioridade, a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do militar;

III - terceira ordem de prioridade:

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

b) a pessoa designada, até vinte e um anos de idade, se inválida, enquanto durar a invalidez, ou maior de sessenta anos de idade, que vivam na dependência econômica do militar.

§ 1º A concessão da pensão aos beneficiários de que trata o inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, exclui desse direito os beneficiários referidos nos incisos II e III.

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiários do inciso I, alíneas “a” e “b”, ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas “a” e “c” ou “b” e “c”, legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas “d” e “e”.

§ 3º Ocorrendo a exceção do § 2º, metade do valor caberá aos beneficiários do inciso I, alíneas “a” e “c” ou “b” e “c”, sendo a outra metade do valor da pensão rateada, em partes iguais, entre os beneficiários do inciso I, alíneas “d” e “e”. (NR)

A legislação reformadora e restritiva do conceito de dependentes para a concessão das pensões militares, em que pese a limitação propiciada, trouxe regra transitória para proteger os militares que se encontravam na OM e já tinham a expectativa do direito de pensão a seus dependentes do antigo rol. Afinal, os que estavam na ativa guiaram sua vida e a vida de sua família ciosos de deixar uma “herança”, sobretudo às filhas mulheres. Sob essa perspectiva, foi assegurado aos que já estavam na corporação que mantivessem os mesmos direitos de dependência, contanto que pagassem uma contribuição no importe de 1,5% para tanto, devendo haver opção, escolha. Eis o texto legal inserto no art. 31 da MP 2.215-10/2001: Art. 31. Fica assegurada aos atuais militares, mediante contribuição específica de um vírgula, cinco por cento das parcelas constantes do art. 10 desta Medida Provisória, a manutenção dos benefícios previstos na Lei nº 3.765, de 1960, até 29 de dezembro de 2000.

Como o militar ainda não havia morrido, não seria cabível falar em direito adquirido. Havia apenas expectativa de direito de ser dependente, expectativa essa que levou o legislador a considerar relevante a salvaguarda, protegendo a situação. Poderia ter simplesmente modificado a regra sem proteger os antigos militares? Poderia, porque não há direito à expectativa de direito, mas tão somente ao direito já adquirido. E, como o dependente não havia adquirido o direito, já que o evento que ensejaria a aquisição, que é a morte, não ocorrera até a mudança legislativa, nenhuma ofensa de inconstitucionalidade seria atribuível ao reformador.

A “manutenção dos benefícios da lei de Pensões Militares” concernia especialmente a quem o texto assegurava a condição de dependente, pois houve rigorosa diminuição do alcance na lei nova, trazendo aos militares as limitações impostas aos demais servidores públicos civis e aos vinculados ao regime geral. Assim fazendo, o legislador criou distinção nos próprios militares porque, a partir dali, passou a existir aquele que tinha direito a ter como dependente rol mais elástico de futuros pensionistas e aqueloutro com o elenco mais modesto, sem que houvesse qualquer mácula para a distinção à medida que o critério foi a data de ingresso na Força, se antes ou depois da mudança do rol.

Essa redução do elenco de dependentes à pensão, no entanto, ocorreu com um *gap*, um hiato, porquanto, desde 1995, o RGPS (Lei 8.213, de 24/7/1991) havia sido reformado para retirar a possibilidade de uma pessoa designada ser dependente, ao passo que a reforma de 2000 dos militares poderia ter alcançado o mesmo patamar,

mas não o fez, mantendo a eles o direito de deixar dependente pessoa por eles designada. Confirmam-se os termos:

RGPS:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

III - o irmão de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, nos termos do regulamento; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015) (Vigência)

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida. (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

No Regime Público, a mudança também foi mais lenta e só veio a ocorrer a partir da Lei 13.135, de 17/6/2015, a seguir transcrita:

RJU:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

I - o cônjuge; (Redação dada pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

a) o cônjuge;

b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;

e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor.

I - o cônjuge; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

d) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

e) (Revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

II - temporária:

II - o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

II - o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

d) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

III - o companheiro ou companheira que comprove união estável como entidade familiar; (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

III - o companheiro ou companheira que comprove união estável como entidade familiar; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

IV - os filhos até vinte e um anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

IV - o filho de qualquer condição que atenda a um dos seguintes requisitos: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) seja menor de 21 (vinte e um) anos; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) seja inválido; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) tenha deficiência grave; ou (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015) (Vigência)

d) tenha deficiência intelectual ou mental, nos termos do regulamento; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

d) tenha deficiência intelectual ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

V - a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

V - a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor; e (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

VI - o irmão, até vinte e um anos de idade, ou o inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, enquanto durar a invalidez ou a deficiência que estabeleça a dependência econômica do servidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

VI - o irmão de qualquer condição que comprove dependência econômica do servidor e atenda a um dos requisitos previstos no inciso IV. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 1º A concessão de pensão vitalícia aos beneficiários de que tratam as alíneas “a” e “c” do inciso I deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas “d” e “e”.

§ 2º A concessão da pensão temporária aos beneficiários de que tratam as alíneas “a” e “b” do inciso II deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas “c” e “d”.

§ 1º A concessão de pensão aos beneficiários de que tratam os incisos I a IV do **caput** exclui os beneficiários referidos nos incisos V e VI. (Redação dada pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

§ 2º A concessão de pensão aos beneficiários de que trata o inciso V do **caput** exclui os beneficiários referidos no inciso VI. (Redação dada pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

§ 1º A concessão de pensão aos beneficiários de que tratam os incisos I a IV do **caput** exclui os beneficiários referidos nos incisos V e VI. (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º A concessão de pensão aos beneficiários de que trata o inciso V do **caput** exclui o beneficiário referido no inciso VI. (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

Finalmente, adveio a Lei 13.954, de 16/12/2019 – Reforma dos Militares. A mudança apartada do bojo da Reforma da Previdência Social do Brasil, fruto da Emenda Constitucional 103/2019, consistiu em verdadeiro sucesso dos militares nas pressões do jogo político então existente e que exigia alterações legislativas. A Reforma da Previdência alcançou os regimes privado e público civil de servidores e sacrificou enormemente direitos de muitas gerações. Esse sacrifício, como dito acima, não alcançou aqueles que preenchiam as condições para aquisição do direito, a eles sendo dado o nome de direito adquirido, que é protegido constitucionalmente. Na verdade, quem estava no curso, aguardando o preenchimento do requisito, pôde ver a regra mudar, sem poder falar em ferimento ao direito adquirido. Por exemplo, quem tinha 30 anos de tempo de contribuição tinha direito adquirido à aposentadoria desse teor, independentemente da idade, mas quem tinha 27 anos, estava no curso e a alteração lhe foi legítima, mas encerrou sacrifício, já que ele teve expectativas construídas lá atrás de que aos 30 anos estaria aposentado e construiu sua vida em prol desse objetivo. Então, embora constitucional, a mudança legislativa frustrou expectativas, expectativas essas construídas a longo prazo. No caso militar, a reforma retirou muitos dos direitos que privilegiavam os dependentes para efeito dos direitos do Estatuto, quais sejam o funeral e a assistência médico-hospitalar, nos termos a seguir transcritos:

EM:

Art. 50. São direitos dos militares: (...)

§ 2º São considerados dependentes do militar:

I - a esposa;

II - o filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou interdito;

III - a filha solteira, desde que não receba remuneração;

IV - o filho estudante, menor de 24 (vinte e quatro) anos, desde que não receba remuneração;

V - a mãe viúva, desde que não receba remuneração;

VI - o enteado, o filho adotivo e o tutelado, nas mesmas condições dos itens II, III e IV;

VII - a viúva do militar, enquanto permanecer neste estado, e os demais dependentes mencionados nos itens II, III, IV, V e VI deste parágrafo, desde que vivam sob a responsabilidade da viúva;

VIII - a ex-esposa com direito à pensão alimentícia estabelecida por sentença transitada em julgado, enquanto não contrair novo matrimônio.

§ 2º São considerados dependentes do militar, desde que assim declarados por ele na organização militar competente: (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

I - o cônjuge ou o companheiro com quem viva em união estável, na constância do vínculo; (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

II - o filho ou o enteado: (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

a) menor de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

b) inválido; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

V - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

VI - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

VII - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

VIII - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

§ 3º São, ainda, considerados dependentes do militar, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto, e quando expressamente declarados na organização militar competente:

a) a filha, a enteada e a tutelada, nas condições de viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

b) a mãe solteira, a madrasta viúva, a sogra viúva ou solteira, bem como separadas judicialmente ou divorciadas, desde que, em qualquer dessas situações, não recebam remuneração;

c) os avós e os pais, quando inválidos ou interditos, e respectivos cônjuges, estes desde que não recebam remuneração;

d) o pai maior de 60 (sessenta) anos e seu respectivo cônjuge, desde que ambos não recebam remuneração;

e) o irmão, o cunhado e o sobrinho, quando menores ou inválidos ou interditos, sem outro arrimo;

f) a irmã, a cunhada e a sobrinha, solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

g) o neto, órfão, menor inválido ou interdito;

h) a pessoa que viva, no mínimo há 5 (cinco) anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial;

i) a companheira, desde que viva em sua companhia há mais de 5 (cinco) anos, comprovada por justificação judicial; e

j) o menor que esteja sob sua guarda, sustento e responsabilidade, mediante autorização judicial.

§ 3º Podem, ainda, ser considerados dependentes do militar, desde que não recebam rendimentos e sejam declarados por ele na organização militar competente: (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019) (Regulamento)

a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

c) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

d) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

e) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

f) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

g) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

h) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

i) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

j) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

I - o filho ou o enteado estudante menor de 24 (vinte e quatro) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

II - o pai e a mãe; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

III - o tutelado ou o curatelado inválido ou menor de 18 (dezoito) anos de idade que viva sob a sua guarda por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

§ 4º Para efeito do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, não serão considerados como remuneração os rendimentos não provenientes de trabalho assalariado, ainda que recebidos dos cofres públicos, ou a remuneração que, mesmo resultante de relação de trabalho, não enseje ao dependente do militar qualquer direito à assistência previdenciária oficial.

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

§ 5º Após o falecimento do militar, manterão os direitos previstos nas alíneas “e”, “f” e “s” do inciso IV do **caput** deste artigo, enquanto conservarem os requisitos de dependência, mediante participação nos custos e no pagamento das contribuições devidas, conforme estabelecidos em regulamento: (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

I - o viúvo, enquanto não contrair matrimônio ou constituir união estável; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

II - o filho ou o enteado menor de 21 (vinte e um) anos de idade ou inválido; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

III - o filho ou o enteado estudante menor de 24 (vinte e quatro) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

IV - os dependentes a que se refere o § 3º deste artigo, por ocasião do óbito do militar. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

A despeito da restrição mediante redução do rol imposta pela nova redação dos §§2º e 3º do art. 50 do EM, o legislador estabeleceu uma regra temporária com eficácia ultra-ativa⁷, à semelhança do que fez com as restrições existentes por ocasião da MP 2.215/2001 (art. 31). No entanto, concerniu como dito apenas aos dependentes de funeral/assistência médica – direitos do Estatuto –, e não de pensão. Sobre pensão, mantiveram-se apenas os já pensionistas, a pressupor o evento morte, pois. Confira-se:

Art. 23. Os dependentes de militares regularmente declarados e inscritos nos bancos de dados de pessoal das Forças Armadas,

7 A eficácia ultra-ativa de uma lei consiste na possibilidade de que ela seja aplicada às situações ocorridas fora do período de sua vigência, mesmo depois de revogada por outra lei posterior mais gravosa, justamente por ser lei mais benéfica. As leis temporárias e excepcionais lhe são exemplos, pois aplicam-se aos fatos ocorridos durante sua vigência mesmo após revogadas. Diferentemente, retroatividade consiste na aplicação da lei mais nova a situações acontecidas antes do início de sua vigência, por ser mais favorável ao interessado. A eficácia extra-ativa de uma lei abarca tanto a eficácia retroativa (aplicação da lei a fatos anteriores à sua vigência) quanto a eficácia ultra-ativa (aplicação da lei revogada a fatos ocorridos durante sua vigência, depois da revogação). No que tange à aplicação da lei no tempo, portanto, a regra é a eficácia ativa da lei (*tempus regit actum*), ou seja, a lei se aplica a fatos ocorridos durante sua vigência, e a exceção é a extra-atividade, porque ela pode ser aplicada a fatos anteriores (eficácia retroativa) ou a fatos posteriores (eficácia ultra-ativa). Tudo isso se faz em respeito ao dogma do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF e art. 6º do Código Civil).

ou aqueles que se encontrem em processo de regularização de dependência na data de publicação desta Lei, permanecerão como beneficiários da assistência médico-hospitalar prevista na alínea **II** do inciso IV do **caput** do art. 50 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), conforme estabelecido no regulamento de cada Força Armada.

Art. 24. O pensionista ou ex-combatente cuja pensão ou vantagem tenha sido concedida nos termos do Decreto-Lei nº 8.794, de 23 de janeiro de 1946, ou do Decreto-Lei nº 8.795, de 23 de janeiro de 1946, ou da Lei nº 2.579, de 23 de agosto de 1955, ou do art. 26 da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, ou do art. 30 da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, ou da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, ou da Lei nº 6.592, de 17 de novembro de 1978, ou da Lei nº 7.424, de 17 de dezembro de 1985, ou da Lei nº 8.059, de 4 de julho de 1990, contribuirá com a alíquota de 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento) sobre o valor integral da pensão ou vantagem para o recebimento de seus respectivos benefícios.

Parágrafo único. A alíquota de que trata o **caput** deste artigo será de:

I - 9,5% (nove inteiros e cinco décimos por cento), a contar de 1º de janeiro de 2020; e

II - 10,5% (dez inteiros e cinco décimos por cento), a contar de 1º de janeiro de 2021.

Sobre a subsistência da proteção ao antigo rol de beneficiários da pensão por morte protegidos pelo art. 31 da MP 2.215-10/2001, o legislador não a permitiu. É o que se lê no art. 14: “Poderá ocorrer a renúncia pelo militar, em caráter irrevogável, ao disposto no caput do art. 31 da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, que poderá ser expressa a qualquer tempo, vedada qualquer espécie de restituição.” Significa dizer que, com a Reforma da Lei 13.954/2019, os antigos dependentes salvaguardados pela regra transitória do art. 31 da MP 2.215-10/2001, cujos militares não tenham falecido, perderam o direito de passarem a ser pensionistas.

Toda essa corajosa mudança que foi evidenciada no regime privado, no regime estatutário do serviço público civil e no regime militar quer transparecer a nobre

tentativa do Poder Legislativo de aperfeiçoar o sistema jurídico, numa percepção de que é longo o caminho para o Estado de bem-estar social idealizado por Bismarck (Welfare State)⁸, sobretudo quando há forte distância entre o poder e o ter. Aliás, muitas vezes foi o próprio Poder Executivo quem iniciou o processo de mudança. Especialmente no regime militar é de se ver que apenas quem verdadeiramente tenha direito a dele usufruir, quer na prestação previdenciária (pensão), quer na da saúde (assistência médica), deve ser mantido. Isso porque não se tolera que os cofres públicos sejam inflados com pessoas que há muito já deveriam ter sido cortadas do sistema. Isso mostra amadurecimento e enorme senso de justiça, prática que precisa, sim, ser valorizada, ainda mais em épocas tão escassas. É chegada a hora de separar o joio do trigo. Os gastos que o serviço público militar tem para manter um dependente usando o plano de saúde militar são muito altos e, se esse dependente, na verdade, não deveria ser dependente, porque já foi e já perdeu essa condição, quer dizer que os verdadeiros dependentes estarão perdendo benesses que poderiam lhes ser asseguradas.

É essa bandeira que um julgador há de levantar. É esse o caminho que se deve seguir, conhecendo a situação, separando as hipóteses e excluindo as situações indevidas. O corte há, sim, de ser feito, mesmo que vá doer. Não se nega a situação de pessoas que já são bastante idosas e, muitas vezes, não tiveram a chance, e nem terão, de serem assumidas por outros planos de saúde. Esses casos igualmente hão de ser sopesados na hora do julgamento. Mas, por certo, situações haverá em que a retirada do dependente não irá refletir qualquer dó, produzindo mesmo a sensação de isonomia, de justiça. Então, sobrelevando esses pontos é que um julgador não pode silenciar, mas deve dar vazão ao seu sentir, fazendo-se compreender, por meio da escrita, que é o seu instrumento de trabalho, as razões pelas quais acredita na força de sua decisão. O Poder Judiciário há de dar as mãos ao Executivo e ao Legislativo, porquanto essa é a missão que a Constituição Federal espera de um Estado que se diz de Direito, qualificado pelo Democrático.

Este artigo surge, assim, com a missão de enxergar as mudanças que vêm sendo perpetradas na legislação militar, de debulhar o estado atual existente e de decotar aquilo que precisa ser jogado fora. Algumas mudanças legais serão proveitosas, outras nem tanto, mas o importante é que mudanças sejam feitas, pois, tal como dito acima, o que era necessário no ontem hoje não é mais, essa é a razão que norteia reformas e assim há de ser tratado.

8 Sobre o assunto, explicação rápida e objetiva na Wikipédia.

2. COMPREENSÃO DOS MARCOS TEMPORAIS DE DIREITO ADQUIRIDO

Levando em conta a evolução de leis retro, é possível estabelecer alguns marcos na linha do tempo que bem podem ser lembrados para uma melhor fixação do tema:

LEI 3.765, DE 4/5/1960 LEI DE PENSÕES	LEI 6.880, DE 9/12/1980 ESTATUTO DOS MILITARES	MP 2.215-10, DE 31/8/2001 REFORMA PENSÕES	LEI 13.954, DE 16/12/2019 REFORMA PENSÕES E ESTATUTO
Art. 7º – rol de dependentes para pensões	Art. 50 – direitos: “e” – assistência médico-hospitalar; “f” – funeral ; e “l” – pensões	Art. 7º – altera rol de dependentes da pensão por morte	Art. 7º – altera rol – mantém os mesmos da MP, apenas aperfeiçoa a redação
	Art. 50, §§ 2º e 3º – rol de dependentes mais abrangente, não aplicável às pensões		Art. 50, §§ 2º e 3º – altera rol de dependentes da assistência médico-hospitalar/funeral
		Art. 31 – assegura aos então militares manter dependentes da antiga pensão, contanto que haja contribuição	Art. 14 – possibilita renúncia ao art. 31 da MP 2.215-10/2001, expressa a qualquer tempo, vedada restituição
			Art. 23 – mantém dependentes já inscritos como dependentes da assistência médico-militar/funeral mediante contribuição
			Art. 24. – pensionista ou ex-combatente contribuirá com 7,5% em 2019, 9,5% em 2020 e 10,5% em 2021

A depender do momento de ingresso do militar nas Forças Armadas, o plexo de direitos, dentre os quais os relativos às prestações de pensão, assistência médica e funeral dos militares e seus dependentes, será ao mesmo tempo oferecido e assegurado. É a aplicação da lei no tempo e sua confirmação é inclusive matéria objeto da Súmula 340 do STJ: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”. Para as demais prestações (assistência médica e funeral), há de haver o mesmo tratamento.

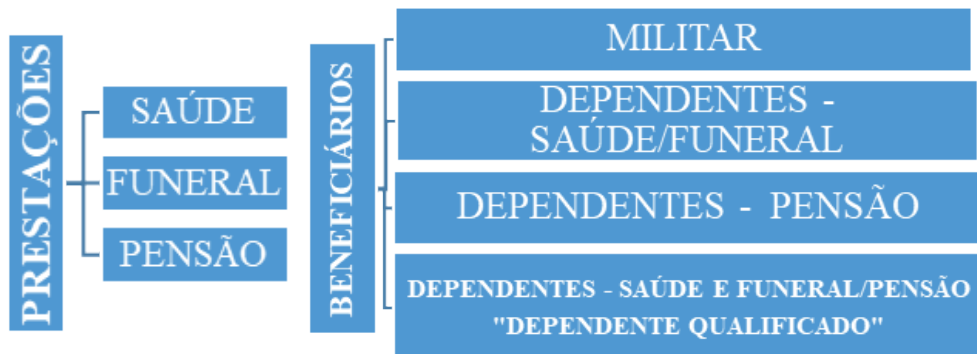
Aqui interessa o registro de que as prestações fornecidas aos beneficiários do Sistema de Seguridade Social dos Militares são saúde, funeral e pensão, as quais atendem aos militares e seus dependentes, sendo as duas últimas após a morte do instituidor, à semelhança do RGPS e do RJU. Dentre as peculiaridades de regime, chama a atenção o fato de que, no RGPS, não há a proteção à saúde, que, segundo a CF, foi destinada ao Serviço Único de Saúde – SUS (art. 197), que tem natureza assistencial, na medida em que não exige contraprestação pecuniária. Confrontando o regime público civil com o militar, constata-se que naquele as prestações de saúde se fazem por contribuição, igualmente ao que ocorre com o militar, mas há um só quadro de dependentes; diferentemente, no RPM as prestações de saúde obedecem à listagem distinta das prestações previdenciárias devidas a quem depende do militar (pensão e funeral).

Note-se que a prestação de saúde é a única usufruída em vida pelo titular da caserna, que atende tanto a ele quanto a seus dependentes, sendo a pensão e o funeral eventos que pressupõem a morte militar. Se assim é, o fato de o militar ter morrido não destrói automaticamente a relação de dependência existente. O dependente, assim enquadrado e inscrito perante a Administração Militar para a prestação de saúde que segue um rol específico, mantém essa condição, independentemente de passar a usufruir de qualquer rendimento em consequência da morte, haja vista que a enumeração dos dependentes para pensão não é a mesma para assistência médica, sendo o rol dessa última prestação bem mais ampla que aquela. Ele continua dependente do militar, apenas não receberá a pensão, só assistência-saúde.

Por outro lado, o “dependente qualificado” ao qual se pode chamar aquele que, além de se enquadrar no rol da prestação de saúde, cabe na prestação de pensão/funeral, perceberá tanto a pensão quanto a prestação de saúde, mesmo porque a dependência leva a essa substituição da remuneração do militar da ativa ou da inatividade para as pensões.

Logo, a inferência que se pode fazer sobre a Seguridade Social dos Militares é a de que as prestações podem ser relativas à saúde, ao funeral e à pensão, e os beneficiários consistem em: militares, dependentes para fins de prestações de saúde/funeral, dependentes da pensão e dependentes de saúde/funeral e pensão. Então:

SEGURIDADE SOCIAL MILITAR:



Mas, afinal, quem são esses tais dependentes? A lista com a enumeração deles encontra-se no art. 7º da Lei 3.765/60 (pensões) e no art. 50, §§2º e 3º da Lei 6.880/80 (saúde e funeral). Confiram-se os termos:

LEI 3.765, DE 4/5/1960
LEI DE PENSÕES

LEI 6.880, DE 9/12/1980
ESTATUTO DOS MILITARES

Art. 7º

I – à viúva

II – aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos

III – aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições para os filhos

IV – à mãe, ainda que adotiva – acrescentado pela Lei 4.958/66, viúva, solteira e desquitada, e ao pai inválido ou interdito

V – às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos

VI – ao beneficiário instituído, desde que viva na dependência do militar e não seja do sexo masculino e maior de 21 anos, salvo se interdito ou inválido permanentemente

Art. 50, §2º

I – a esposa

II – o filho menor de 21 anos ou inválido ou interdito

III – a filha solteira, desde que **não receba remuneração**

IV – o filho estudante, menor de 24 anos, desde que **não receba remuneração**

V – a mãe viúva, desde que **não receba remuneração**

VI – o enteado, o filho adotivo e o tutelado, nas mesmas condições de **não receber remuneração**

VII – a viúva do militar, enquanto permanecer nesse estado

VIII – a ex-esposa com direito à pensão alimentícia e enquanto não contrair novo casamento

Art. 50, §3º, do EM

a) a filha, a enteada e a tutelada, nas condições de viúvas, separadas ou divorciadas, desde que **não recebam remuneração**

b) a mãe solteira ou a madrasta viúva, a sogra viúva ou solteira, bem como separada judicialmente ou divorciada, desde que **sem remuneração**

c) os avós e os pais, quando inválidos, e respectivos cônjuges, desde que **sem remuneração**

d) o pai maior de 60 anos e seu cônjuge, desde que ambos **sem remuneração**

e) o irmão, o cunhado o sobrinho, quando menores ou inválidos ou interditos, **sem outro arrimo**

f) a irmã, a cunhada e a sobrinha solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que **sem remuneração**

g) o neto, órfão, menor ou inválido ou interdito

h) a pessoa que viva, no mínimo há 5 anos, sob exclusive dependência, comprovada mediante justificação judicial

i) a companheira, desde que há mais de 5 anos, comprovada em justificação,

j) o menor que esteja sob guarda, sustento e responsabilidade, mediante autorização judicial

**MP 2.215-10, DE
31/8/2001
REFORMA PENSÕES**

**LEI 13.954, DE 16/12/2019
REFORMA PENSÕES E ESTATUTO**

Art. 7º, I – 1ª prioridade:
a) cônjuge;
b) companheiro ou
companheira designada que
comprove união estável
c) pessoa desquitada,
separada judicialmente,
divorciada ou ex-
convivente, desde que
perceba pensão alimentícia
d) filhos ou enteados até
21 anos ou até 24, se
estudantes universitários ou
se inválidos enquanto durar
a invalidez
e) menor sob guarda ou
tutela até 21 anos ou 24, se
estudante universitário ou
se inválido, enquanto durar
a invalidez
Art. 7º, II – 2ª prioridade:
a mãe e o pai, que
comprovem dependência
Art. 7º, III – 3ª prioridade
a) o irmão órfão, até 21
anos ou 24, se estudante,
ou se inválido, enquanto
durar a invalidez,
comprovada a dependência
b) a pessoa designada,
até 21 anos de idade, se
inválida, enquanto durar
a invalidez, ou maior de
60 anos, que vivam na
dependência do militar

Art. 7º, I
a) cônjuge ou companheiro designado ou que mostre
união estável
b) (revogada pela Lei 13.954/2019)
c) pessoa separada de fato, separada judicialmente ou
divorciada do instituidor, ou ex-convivente, desde que
perceba pensão alimentícia
d) filhos ou enteados até 21 anos ou até 24, se estudantes
universitários ou se inválidos, enquanto durar a invalidez
e) menor sob guarda ou tutela até 21 anos ou 24, se
estudante universitário ou se inválido, enquanto durar a
invalidez
II – a mãe e o pai que comprovem dependência com o
militar
III –
a) o irmão órfão, até 21 anos ou 24, se estudante, ou
se inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a
dependência
b) revogada pela Lei 13.954/2019
Art. 10-A Após falecimento do militar, apenas pensionistas
do art. 50, §5º, do EM terão assistência médica
Art. 50, §2º, do EM
I – o cônjuge ou companheiro com quem viva em união
estável, na constância do vínculo
II – o filho ou enteado menor de 21 anos de idade ou
inválido
Art. 50, §3º, do EM “a” até “j” – revogado pela Reforma
Militar
I – o filho ou enteado estudante menor de 24 anos de
idade, se estudante e que não recebam **rendimentos**
II – o pai e a mãe
III – o tutelado ou o curatelado ou menor de 18 anos que
viva sob sua guarda por decisão judicial
Art. 50, §5º -
I – o viúvo, enquanto não contrair matrimônio ou
constituir união estável
II – o filho ou enteado menor de 21 ou inválido
III – o filho ou enteado estudante menor de 24 anos
IV – os dependentes do §3º (pai/mãe e tutelado ou
curatelado inválido ou menor de 18 anos que viva sob
guarda por decisão judicial)

3. APLICAÇÕES AOS CASOS CONCRETOS

Considerando o paradigma normativo acima informado, é interessante trazer casos práticos a título de ilustração e fixação, sobretudo quando se trata de temas que usualmente acorrem aos tribunais.

CATEGORIA 1: ESPOSA – COMPANHEIRA

O cônjuge supérstite é o dependente por excelência de uma prestação securitária. E, no caso militar, a viúva teve assegurado o benefício à pensão (1960) e à assistência funeral e médico-hospitalar (1980) sem qualquer condicionante. Ainda que essa mulher trabalhasse ou trabalhe, haveria e haverá a dependência e, em vida, ela pode receber o serviço de saúde, e, após o óbito do militar, pode permanecer com os dois, pensão e saúde. Exatamente por isso ela pode ser considerada dependente qualificada, isto é, ela é dependente para pensão e para funeral/assistência médico-hospitalar.

Sobre o ponto, as mudanças não trouxeram redução de direitos, sendo irrelevante analisar se o óbito ocorreu antes ou depois de cada uma das leis, porque as mudanças não foram de conteúdo, mas meramente redacionais. A lei de 1960 estabelecia “viúva” para pensões, enquanto o estatuto de 1980 falava em “esposa” para assistência médico-hospitalar e funeral. Só que viúva é quem perde seu marido por morte, ficando aquém do sentido necessário, pois casos havia e há de companheirismo, situação que acabava sendo acolhida pela Administração Militar. A partir da Reforma da MP 2.215-10/2001, foi explicitado: “cônjuge” e “companheiro(a)” designado(a) perante a OM, incluindo até mesmo os separados de fato, de direito, e a ex-convivente, desde que tivessem/tenham, agora sim, direito à pensão alimentícia, dado que a dependência assim se torna evidente. A mudança em 2019 foi meramente nominativa e posicional, sem modificar o núcleo do direito assegurado. Em relação à categoria de viúvo no sentido largo, sempre existiu a unificação dos direitos, pois tinha direito tanto à pensão quanto ao funeral/à assistência médica. E agora, com a reforma, a dependência do cônjuge remanescente passou a ser similar à praticada nos Regimes Próprio e Geral de Previdência Social.

Na disciplina original da lei de pensões, não havia prioridade de beneficiários, concorrendo todos os dependentes constantes do rol. Apenas em 2001 é que veio a ser

instituída ordem de classes, à semelhança do evidenciado no RJU, a partir de 1990, e no RGPS, desde 1991, a implicar a exclusão de algumas categorias, existentes dependentes das anteriores na ordem de prioridade, critério esse igualmente existente no RJU e no RGPS.

Finalmente, é indiferente se o cônjuge sobrevivente possui rendimentos para que lhe seja garantida a pensão integral e mesmo a assistência médica. Em contraponto, esse não foi o caminhar do constituinte reformador para o RGPS e o RJU, que estabeleceu escalonamento, a depender dos rendimentos recebidos por esse beneficiário. Assim, a pensão ao dependente do servidor público ou do segurado do regime geral que possua renda poderá não ser integral (art. 40, §7º, c/c art. 201, §15, com redação da Emenda Constitucional 103/2019 da CF)

CATEGORIA 2: FILHOS

Uma vez que há diferença entre o elenco dos filhos para fins de pensão e assistência médico-hospitalar, o dependente filho segue exigências distintas, a depender da data de ingresso do instituidor e das regras transitórias subsequentes. Os filhos homens sempre receberam até a maioridade⁹. Os casos mais discutidos são o de filhas mulheres e serão esses os tratados aqui. São três as situações passíveis de análise.

SITUAÇÃO 1: MILITAR INCORPORADO ANTES DE 2001. MORTE - ANTES DE 2001, APÓS 2001 OU APÓS 2019

Para os militares ingressos até antes da vigência da MP 2.215-10/2001, em 31/8/2001, a filha, para receber a pensão, pode ter qualquer estado civil, solteira ou casada, ainda que receba remuneração¹⁰, enquanto, para obter a assistência médico-

9 De notar que o filho homem não era acobertado senão até a maioridade, acautelando-se o legislador por meio dessa discriminação positiva para salvaguarda do direito das filhas. Nos tempos atuais, embora a diferença de gênero ainda seja discutida, sobretudo no mercado de trabalho, não se nega que as mulheres têm conquistado seu espaço e despontam notoriamente, sendo crescente o despontar delas como chefes de família (IPEA, 2010).

10 É de se observar o efeito rebote que uma legislação protetiva pode propiciar. Se o objetivo era proteger a filha mulher, estimulou as filhas de militares a não legitimarem suas uniões, mantendo companheirismos a fim de não perder a condição de solteiras, levando, portanto, a desprotegê-las, ainda mais se consideradas as condições da prova dessa relação para fins previdenciários relativamente a seus pares. Passa a sensação de injustiça e incentivo à informalidade, exatamente o que a Constituição queria evitar, pois se busca a proteção da família (art. 226 da CF).

hospitalar, a filha precisa ser solteira e não receber remuneração, conforme previsão da lei de pensões e do estatuto. Significa dizer que se a filha passa a trabalhar e/ou se casa, ela perde por renúncia a qualidade de dependente do plano de saúde, já que, a partir de então, teria condições de prover a sua necessidade de atendimento médico. Se não trabalha ou não se casa, presumivelmente detém a necessidade e, em consequência, vê garantida a prestação pela dependência do pai. Aliás, esse é o motivo pelo qual não cabe falar em proibição do retrocesso ou qualquer outro princípio atinente à eficácia do direito fundamental à segurança jurídica, a que se refere Ingo Wolfgang Sarlet (LAZZARI, 2019, p. 65). O Estado, enquanto Congresso Nacional, respeitou as condições então vigentes e manteve o direito das dependentes na forma da redação anterior. Se a filha não satisfaz mais essas condições (solteira sem remuneração), renunciando ao direito que a ordem jurídica lhe assegurou, perde o direito à assistência médica, embora permaneça dependente da pensão quando o militar vier a falecer, o que pode ter ocorrido antes de 2001, ou após 2001 e após 2019.

Se a morte tiver ocorrido antes de 2001, sem problemas, já que não há dúvidas sobre a dependência e suas regras. A filha casada ou solteira, com ou sem remuneração, tem direito de ser pensionista. Acaso atenda às exigências de ser solteira e sem remuneração, subsistirá ainda o direito à assistência médica na forma do EM. Será dependente qualificada, pois. Sendo o evento morte ocorrido após a vigência da MP 2.215-10/2001, que modificou o rol dos pensionistas, se o militar optou por contribuir para o regime de pensão às filhas na forma do art. 31 da referida legislação, essa filha manterá seu direito de receber a prestação de pensão, porque foi mantida a regra anterior. Quanto à assistência médica, essa filha só vai ter direito de ter o plano de saúde, acaso tenha permanecido solteira e sem remuneração, que era o critério vigente no Estatuto de 1980. Agora, tendo o militar morrido pós-Reforma de 2019, quando os dependentes-filhos passaram a ser apenas os menores de 21 de idade ou os menores de 24 anos, se estudantes; e os inválidos, enquanto durar a invalidez; a filha não mais terá direito à pensão, porquanto as regras que regulam o benefício são as vigentes quando da ocorrência do evento morte, e o sinistro vai ter ocorrido sob a égide da lei segundo a qual a filha não mais passou a fazer parte do rol. É dizer, não se pode falar em direito adquirido na espécie, apenas expectativa de direito, por isso mesmo possível a aplicação da lei nova. Note que o legislador reformador poderia ter acolhido a expectativa do direito e ter previsto as regras anteriores a quem estivesse na força, tal como ocorreu sob a égide da MP/2001 no

art. 31. No entanto, não houve norma transitória desse teor. Ao contrário, o art. 14 da lei 13.954/2019 previu a possibilidade de renúncia do militar ao caput do art. 31 da MP 2.215-10/2021, vedando inclusive restituição¹¹.

Sobre a questão de o art. 23 aparentemente assegurar a assistência médica às dependentes inscritas ou em inscrição, porquanto é possível que essa dependente-filha estivesse inscrita, sem ter o direito conforme a legislação da época, porquanto fosse casada e com remuneração, ou que não estivesse ainda inscrita (opção por só se habilitar após o falecimento da viúva), ambas as hipóteses estariam excluídas da regra transitória, perdendo essas filhas o direito ao plano de saúde. Satisfazendo as condições então existentes de filha solteira e sem remuneração do EM e sendo inscrita ou em processo de inscrição perante a OM, essa filha poderá usufruir da condição de dependente da assistência médico-hospitalar, exatamente com base na regra de transição do art. 23 da Lei da Reforma Militar, naturalmente, conforme regulamento de cada Força Armada, isto é, mediante contribuição. E o art. 24 estabelece que as pensionistas contribuirão para o regime, de modo que não fala nada acerca dos que têm expectativa de se tornar pensionistas, mas dos “pensionistas”, afastando assim a existência de qualquer regra transitória de eficácia ultra-ativa da disciplina dos dependentes de pensão. Inexistente previsão normativa desse quilate, as filhas de militares que aguardavam o óbito do pai para usufruírem da condição não mais disporão dessa oportunidade, sem que se possa falar em ferimento a direito adquirido na hipótese.

SITUAÇÃO 2: MILITAR INCORPORADO APÓS 2001. MORTE – ANTES DE 2019 OU APÓS 2019

Em relação aos militares ingressos de 31/8/2001 em diante, sob a vigência da MP 2.215-10, pois, as regras da dependência para pensão passaram a gizar que só tinham direito os filhos/enteados até 24 anos, se universitários, e os inválidos, enquanto durasse a invalidez. Essa disciplina não sofreu qualquer alteração na Reforma de 2019, de modo que não faz diferença se os militares faleceram antes ou depois de

¹¹ Aqui cabe o registro de que há de se dar interpretação conforme a Constituição, haja vista que a vedação à restituição há de se fazer até a data anterior à vigência da Lei 13.954/2019, do contrário, estaria havendo enriquecimento ilícito por parte do Estado. Se o motivo que enseja a contribuição é assegurar a pensão à filha, não detendo mais a qualidade de dependente para fins de pensão devido à alteração legislativa, eventuais pagamentos realizados a partir do diploma legislativo poderão ser restituídos.

2019 ou se entraram na caserna após 2001, já que só os filhos menores ou inválidos é que terão direito ao pensionamento.

Diferentemente, as regras para a assistência médico-hospitalar eram as previstas no Estatuto de 1980, em cujo art. 50, §§2º e 3º, era assegurado o direito às filhas/enteadas/tuteladas solteiras e sem remuneração; ou aos filhos até 24 anos, se estudantes, e aos inválidos, enquanto durasse a invalidez, de perceberem dita prestação. Então, as filhas solteiras e sem remuneração poderão dispor da prestação de saúde, com base no art. 23 da Lei 13.954/2019, segundo o qual: “dependentes de militares declarados e inscritos ou que se encontrem em processo de regularização na data da lei” permanecerão como beneficiários”. Já as filhas que eventualmente hajam casado ou estado em união estável e que tenham remuneração não poderão usufruir da prestação de saúde, mesmo com a previsão do art. 23 da Lei de Reforma Militar de 2019, já que não mais serão consideradas dependentes do militar, eis que a cláusula estado civil de solteira e sem remuneração foi por elas renunciada. A essas é possível a retirada, a exclusão do benefício.

Na prática, a mudança de “remuneração” na redação do EM (art. 50, §§, 2º e 3º) para “retribuição” na nova redação dos mesmos dispositivos, inserta pela Reforma/2019, não trouxe representatividade, haja vista que a condição teria de estar presente antes da vigência da Lei de 2019, isto é, ser solteira e sem remuneração para receber o seguro-saúde. Se ela permanece com esses dois qualificativos, mantém o direito à assistência médica mesmo após a lei nova, porque a condição já existia e o art. 23 da Lei de 2019 assegurou essa manutenção. Se havia perdido, porque se casou ou trabalhou, não teria sequer direito a estar recebendo o benefício.

SITUAÇÃO 3: MILITAR INCORPORADO APÓS 2019. UNIFICAÇÃO DO ROL

Para os militares que ingressaram após 16/12/2019, isto é, já sob a égide da Reforma Militar de 2019, houve unificação do rol e serão considerados seus dependentes, tanto para fins de pensão quanto para fins de assistência médico-hospitalar, os filhos/enteados até 24 anos, se estudantes. Apesar de a regra do art. 50, §3º, fazer remissão a ser estudantes e sem rendimentos, dando a entender que haveria distinção entre o regime da pensão e o da assistência médico-hospitalar, o art. 10-A, inserido pela Reforma na Lei de Pensões, previu que serão dependentes

os filhos/enteados menores de 24 anos, se estudantes apenas, não havendo o registro de rendimentos nesse tópico. Dessa forma, a discussão sobre remuneração e rendimentos é, de todo, prejudicada, pois não mais existe o requisito do rendimento para a percepção da assistência médico-hospitalar após a vigência da Reforma da Previdência, quando os dependentes do militar, na condição de filhos, só serão efetivamente dependentes se filho/enteado até 24 anos, se estudante. Afinal, se após a morte do militar, só será dependente o filho até 24 anos, se estudante, quer dizer que esse filho não poderá contar com a remuneração e/ou os rendimentos da pensão para afastar o direito à prestação médica. É dizer, tornou-se risco n'água.

Essencial perceber que o referido art. 10-A da Lei 13.954/2019 haverá de ser interpretado conforme a Constituição. Isso porque, quando fala em “após o falecimento do militar”, apenas os pensionistas que atendam ao §5º c/c § 3º do art. 50 do Estatuto – isto é, “viúvo enquanto não contrair matrimônio ou união estável, filho ou enteado menor de 21 anos ou inválido ou menor de 24 anos, se estudante, e pai ou mãe, tutelado ou curatelado, terão direito à assistência médico-hospitalar”, há de se distinguir as circunstâncias. Uma coisa é o dependente satisfazer uma condição para receber a assistência médica, outra é, ele já sendo dependente para assistência, preencher mais outra condição para deter a qualidade de pensionista.

Sob a égide do Estatuto de 1980, o dependente da assistência, no caso, a filha solteira, precisava não ter remuneração, considerando-se o ingresso desse militar e a data de seu falecimento, como mostrado nas três situações acima. Afinal, se esse militar ingressou antes de 2001 e a morte se deu quando a legislação admitia que o dependente tivesse remuneração, haverá de ser obedecida a cláusula e assegurada a pensão, sob pena de infringência ao direito adquirido. Agora, sobre a assistência médica, em 1980, o Estatuto exigia que não houvesse recebimento de remuneração para ter direito a essa prestação, de modo que, após a mudança da lei em 2019, passou a existir a previsão de que não houvesse remuneração e houvesse o limite de idade, o que antes de 2001 não existia, e continuou existindo para quem ingressou antes desse marco, não sendo possível proibir as filhas desses militares de receberem a assistência médica por conta do recebimento dos rendimentos. Isso só reforça que a mudança de remuneração para rendimentos não é relevante.

Aqui cabe o registro de que a doutrina controverte sobre o assunto, como faz crer o artigo de Alessandra Wanderley e Fábio Zambitte Ibrahim (2020), que, a despeito de referir o tratamento dispensado aos dependentes para fins da pensão e

da assistência médico-hospitalar, divergem do agora exposto sobre remuneração/rendimentos, entendendo necessária a distinção de ditos conceitos, o que, tendo por base o fundamentado exposto, não faz qualquer diferença.

Em se tratando de prestação que se protraí no tempo, isto é, a assistência médico-hospitalar, a lei nova pode, sim, alterar a situação jurídica dos dependentes, a qual não se estabiliza como tal, mas pode sofrer, como sofreu, alteração no rol. Manter a vinculação do dependente ao estatuto antigo seria estagnar o Poder Executivo de sua feição reformadora, como que engessando a ação administrativa, tese há muito sufragada pelo STF com a conhecida remissão de que “não há direito adquirido a regime jurídico único”.

A discussão, no entanto, fez o Superior Tribunal de Justiça afetar, em 20/3/2021, os Recursos Especiais 1.880.238/RJ (filha de militar), 1.871.942/PE (filha de militar) e 1.880.246/RJ (irmã de militar) – Tema 1080, ainda pendente de decisão. Mas isso em relação aos óbitos ocorridos antes da Reforma Militar da Lei 13.954/2019. Como visto acima, mesmo que os falecimentos ocorram após a Reforma de 2019, não vai haver mudança do entendimento, considerando que a legislação veio a unificar a condição do dependente para pensão e para assistência médico-hospitalar nos filhos/enteados menores de 21 anos e até 24, se universitários, ou sem limite de idade, se inválidos, enquanto durar a invalidez, independente de remuneração ou rendimentos.

CATEGORIA 3: ASCENDENTES

Em se tratando de mãe/pai dependente do militar, comuns foram as demandas que acorreram ao Judiciário para a manutenção da assistência médico-hospitalar. Ora esse ascendente era pensionista, ora era somente beneficiário da assistência à saúde, muitas vezes porque o filho ainda estava vivo, mas a OM o excluiu após 2019.

Pela lei de pensões (1960), era dependente do militar a mãe deste, inclusive a adotiva, com a redação dada em 1966, fosse viúva, solteira ou desquitada, assim como o pai, se inválido ou interdito. Não havia condicionante de eles terem renda própria; ainda que tivessem, poderiam receber a pensão. Esses ascendentes concorriam com a viúva e com os filhos, assim como com as irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como com os irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos. Concorriam ainda com o beneficiário instituído, mas este tinha de provar a dependência do militar e não

podia ser homem maior de 21 anos, salvo se interdito ou inválido permanentemente. Todos esses dependentes dividiam a pensão, pois não havia ordem de prioridade, que só veio a ser instituída com a MP de 2001. Então, falecido o militar antes de 2001, a pensão viria a ser repartida por todos esses dependentes, se houvesse. Se a morte foi depois de 2001, quando esse militar optou por manter o rol antigo na forma do art. 31 da MP mediante contribuição, permaneceu o direito de todos a dividir a pensão. Assim, se o militar tinha pai e mãe nessas condições, perdurou o direito destes de ser pensionistas. Se o militar ingressou após 2001, quando houve a criação da ordem de prioridade das classes viúvo e filho em relação a ascendente, os pais só passaram a ter direito de ser pensionistas acaso não houvesse a categoria cônjuge e filho antecedentes e sobreviventes e ainda provassem a dependência do militar, pois se existisse esposa, os pais não poderiam receber a pensão. A Lei de 2019, todavia, não alterou essa disciplina em relação ao ascendente, mantendo a redação de 2001, de modo que, se a morte do militar, seja de quem ingressou antes de 2001 ou depois de 2001, ocorreu ou vier a ocorrer mesmo após a vigência da Lei de 2019, os ascendentes, para serem pensionistas, são de segunda ordem de prioridade e, pois, precisam que não haja a categoria de cônjuge e/ou filhos, e mais, que comprovem a dependência econômica do militar.

Quanto ao benefício da assistência médico-hospitalar e do funeral, as normas são as do Estatuto (art. 50). Logo, os ascendentes dos militares que estavam na Força em 1980 para receber serviço médico tinham de ser a mãe, se fosse viúva e sem remuneração (art. 50, §2º, V); e a mãe solteira, a madrasta viúva, a sogra viúva ou solteira, bem como a separada judicialmente ou divorciada, mas sem remuneração, e que ainda vivessem sob a dependência econômica do militar e no mesmo teto e ainda quando expressamente declaradas na organização militar competente (art. 50, §3º, “b”); os pais, quando inválidos ou interditos, e respectivos cônjuges, desde que sem remuneração (art. 50, §3º, “c”); e o pai maior de 60 anos e seu respectivo cônjuge, desde que ambos não recebessem remuneração (art. 50, §3º, “d”). Isso vigorou até a mudança, em 2019, já que, em 2001, a MP 2.215-10 não alterou essa disciplina. Então, os militares que entraram a partir de 2001 mantiveram esses direitos em relação a seus pais de terem a prestação de saúde, contanto que esses ascendentes gozassem dos condicionantes listados (sem remuneração e/ou vivessem sob o mesmo teto). A partir da Lei 13.954/2019, os ascendentes de militares precisam ser pai e mãe sem rendimentos e serem declarados na organização militar para poderem receber o benefício em tela. Ocorre que, diferentemente do que se deu com a pensão, houve a

previsão de regra transitória, no art. 23, que assegurou aos que já estavam declarados e inscritos ou em processo de inscrição na data de publicação da lei o direito de usufruir da assistência médica. Assim, o ascendente do militar que entrou antes de 2019, que já estava inscrito ou em processo de inscrição, vai permanecer com direito ao benefício. Para os militares que ingressaram após 2019, ou cujos pais não haviam sido inscritos ou não estavam em processo de inscrição, não haverá possibilidade de que esses ascendentes sejam dependentes dos fundos de saúde das Forças Armadas.

É possível acontecer de o ascendente ser dependente qualificado, de modo que tanto vai estar enquadrado como dependente para pensão quanto para assistência médico-hospitalar/funeral. É o caso dos ascendentes sem remuneração, conforme descritos no parágrafo acima, de um militar ingresso na corporação no último dia anterior à vigência da MP/2001. Em tese, ele pode não só vir a ser pensionista, dividindo com as outras categorias (esposa e filhos), quanto receber a prestação de saúde. Se acontece o sinistro após já vigente a MP e o militar falece, esse ascendente passará a ser pensionista. Nessa hora, o ascendente vai ter direito de receber a pensão, convertendo a ajuda financeira que era dada pelo seu filho que, pela pensão, seria o caso de esse ascendente perder o benefício da saúde porque já possui renda, que pode vir até a ser dividida com outras categorias, se existentes? A resposta é negativa, na medida em que a ausência de remuneração foi exatamente o que ensejou a dependência desse ascendente para o filho militar. E se era dependente para receber ambas as prestações, há de ser mantida essa dependência para perpetuar o recebimento da atenção à saúde, até mesmo com mais razão porque esse filho não está mais vivo para acolher seu ascendente e houve a sub-rogação da prestação. Então, mesmo que pensionista, vai permanecer com a prestação de saúde, porque tinha direito a ambas.

CATEGORIA 4: COLATERAIS (IRMÃOS, CUNHADOS ETC.)

Os irmãos eram e são igualmente protegidos pela legislação militar, tanto para pensão quanto para assistência à saúde.

No regime inicial da Lei de 1960, eram previstos como dependentes na categoria de irmão: “irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos”. Esse regime vai receber o mesmo tratamento de que se falou em relação

aos ascendentes no tópico acima, tanto em relação ao ingresso dos militares quanto em relação à ocorrência da morte e as consequentes mudanças da legislação. Releva notar que, em 2001, a MP 2.215-10 instituiu a ordem de prioridade e os irmãos passaram a ser a 3ª prioridade, assim como passaram a ser protegidos apenas o irmão órfão até 21 anos de idade ou 24, se estudante universitário, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar. Já com a Lei de 2019, não houve modificação do assunto no ponto, mantendo a disciplina de 2001.

Quanto às regras da assistência médica, são as do Estatuto. No art. 50, §3º, “e” e “f”, eram previstos “o irmão, o cunhado e o sobrinho, quando menores ou inválidos ou interditos, sem outro arrimo, e a irmã, a cunhada e a sobrinha, solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebessem remuneração, sendo em ambos os casos necessária a prova da dependência econômica, sob o mesmo teto e também expressamente declarados na OM. Não houve alteração em 2001, mas apenas em 2019, quando vieram a ser revogadas essas previsões e excluída a categoria de irmão do rol de dependentes de fundo de saúde. Essa revogação, no entanto, vale apenas para os militares que ingressaram a contar de 2019. Afinal, os dependentes-irmãos de militares que inválidos, sem outro arrimo, sem remuneração, provada a dependência para o militar e inscritos ou em inscrição na OM, puderam manter a condição na forma da regra transitória do art. 23 da Lei 13.954/2019.

Por esforço argumentativo, pode ocorrer caso em que o militar, ingresso no último dia anterior à vigência da MP/2001, não tinha outro dependente senão esse irmão inválido etc., nesse caso, ele será dependente qualificado porque poderá ter direito de ser pensionista e usuário do serviço médico ao mesmo tempo. Persistirá, assim, o direito às duas prestações.

CATEGORIA 5: NETOS E PESSOA DESIGNADA

Quanto à pensão, precisavam ser órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para filhos (at. 7º, III, da Lei de 1960); para saúde/funeral, exigia-se viver na dependência do militar sob o mesmo teto e expressamente declarado na OM, acrescido ainda da condição de órfão, podendo aqui ser de apenas um dos pais, pois, menor inválido ou interdito, nesse último caso podia ser maior, portanto. Persistiu o elenco até 2001 para pensão, quando veio a ser revogado o neto e previsto o menor sob guarda ou tutela até 21 anos ou 24, se estudante universitário ou se inválido,

enquanto durar a invalidez. Os netos acabavam sendo pessoas designadas porque são beneficiários aos quais a lei impõe aos avós a missão de tutelar, de prestar alimentos. Essa disciplina não sofreu mudanças em 2019, de modo que o direito permaneceu assegurado. Já a pessoa designada sem a questão alimentar dos netos veio a ser incluída em relação à pensão em 2001 pela MP 2.215-10, na contramão do RGPS, que retirava essa categoria, e em 2019, revogada pela Lei 13.954. Sobre a assistência-saúde, a revogação só ocorreu em 2019 também, pois era prevista a dependência de pessoa que vivesse há cinco anos, sob exclusiva dependência econômica comprovada por justificação judicial, sob o mesmo teto do militar quando expressamente declarada na repartição militar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- O Estatuto Militar – EM, no art. 50, assegura, como direitos, prestações de saúde, de funeral e de pensão aos beneficiários, militares e seus dependentes, compreendendo os beneficiários do Sistema de Seguridade Social das Forças Armadas;
- a disciplina de quem são os dependentes vem estabelecida em rol distinto, a depender do tipo de prestação. Para as prestações de saúde e funeral, seguem o elenco do art. 50, §§2º e 3º, do EM; as pensões, por seu turno, têm como dependentes os descritos no elenco da Lei 3.765/60;
- a Lei de Pensões data de 4/5/1960, enquanto a Lei 6.880, de 9/12/1980, já antevendo o descompasso histórico que assumem, seja porque reportam a período anterior e posterior da ditadura brasileira, dirigida pelos militares, seja porque a ambiência político-sócio-cultural da época é totalmente dispar da existente hoje em dia;
- exatamente por isso, ambas as legislações sofreram mudanças que atingiram não apenas a diminuição dos direitos, como também a redução do rol de dependentes em 2001 (MP 2.215-10) e em 2019 (Lei 13.954), embora tenham sido previstas regras temporárias com eficácia ultra-ativa, isto é, a manutenção das regras antigas, desde que obedecidas certas condições;
- a identificação dos direitos dos militares e de seus dependentes às prestações ofertadas pelo respectivo regime de previdência e de assistência à saúde passa pela compreensão dos marcos de direito adquirido advindos ao longo do tempo,

os quais foram detidamente trazidos e confrontados, sobretudo das categorias de dependentes que costumam ser levados ao Judiciário;

- saber quem verdadeiramente é o dependente permite conceder aos titulares a prestação respectiva, mas igualmente autoriza a que quem quer que esteja irregularmente ocupando essa condição ser retirado, de modo a assegurar segurança e legalidade aos próprios gestores públicos no agir das Forças Armadas tendente à autotutela dos atos administrativos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Lilian Barros de Oliveira. O Direito Adquirido e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; uma construção tópica do direito. Disponível em: [file:///C:/Users/Notejf/Downloads/36-92-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Notejf/Downloads/36-92-1-PB%20(1).pdf) Acesso em 25/8/2021.

BARBOSA. Igor de Andrade. Do Direito dos Pensionistas de Militar Falecido à Assistência Médico-Hospitalar da Marinha do Brasil (FUSMA). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23684/do-direito-dos-pensionistas-de-militar-falecido-a-assistencia-medico-hospitalar-da-marinha-do-brasil-fusma>. Acesso em: 25/8/2021.

CONJUR-Consultor Jurídico Notícias. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/stj-definira-direito-pensionista-militar-assistencia-medica> Acesso em: 25/8/2021.

DAVID. Tiago Bitencourt de. Critérios Clássicos Não Resolvem Bem as Antinomias. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-14/tiago-bitencourt-criterios-classicos-nao-resolvem-bem-antinomias> Acesso em: 25/8/2021.

_____. Conflito entre os Critérios Cronológico e da Especialidade: Resolução da Antinomia de Segundo Grau à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/286-artigos-out-2014/6770-conflito-entre-os-criterios-cronologico-e-da-especialidade-resolucao-da-antinomia-de-segundo-grau-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia> Acesso em: 25/8/2021.

IPEA. Aumenta Número de Mulheres Chefes de Família. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6055 Acesso em 25/8/2021.

JOVEM PAN Notícias. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/economia/guedes-defende-que-salario-de-servidores-seja-igual-ao-da-iniciativa-privada.html> Acesso em: 25/8/2021.

LAZZARI. João Batista et alii. Comentários à Reforma da Previdência. São Paulo: Gen e Editora Forense, 2019, 1ª edição, p. 65.

LEITÃO. Augusto. Pensão Militar: Dependentes e Beneficiários não são a mesma coisa – O Direito para Todos. Disponível em: <https://augustoleitaoadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/552148508/pensao-militar-dependentes-e-beneficiarios-nao-sao-a-mesma-coisa-o-direito-para-todos> Acesso em: 25/8/2021.

MARTINS. José Eduardo Figueiredo de Andrade. Fundamentos do Direito Intertemporal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/fundamentos-do-direito-intertemporal/> Acesso em: 25/8/2021.

Propaganda Denorex. Disponível em: <https://www.facebook.com/OsAnos80/videos/denorex-parece-mas-n%C3%A3o-%C3%A9/735359049835534/?extid=SEO----> Acesso em: 25/8/2021.

SILVA. Areadny Luzia. Resumo sobre as Escolas Hermenêuticas. Disponível em: <https://areadny.jusbrasil.com.br/artigos/524629712/resumo-sobre-as-escolas-hermeneuticas> Acesso em: 25/8/2021.

WANDERLEY. Alessandra. IBRAHIM, Fábio Zambitte. Uma Análise da Situação dos Dependentes de Militares e o Acesso à Assistência Médico-Hospitalar Dentro das Forças Armadas Diante das Alterações Trazidas com a Lei 13.954/2019. Disponível em: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DOS DEPENDENTES DE MILITARES E O ACESSO À ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR DENTRO DAS FORÇAS ARMADAS DIANTE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS COM A LEI 13.954/2019 (uerjlabuta.com) Acesso em: 25/8/2021.

**(IN)EFICÁCIA DA CONTA COVID COMO MEDIDA
PARA SOLUCIONAR OS IMPACTOS, NO SEGMENTO
DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA,
DECORRENTES DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS
E DAS INTERVENÇÕES DO GOVERNO PARA O SEU
ENFRENTAMENTO**

***(IN)EFFECTIVENESS OF THE COVID ACCOUNT AS A MEASURE
TO RESOLVE THE IMPACTS ON THE ELECTRICAL ENERGY
DISTRIBUTION SEGMENT, RESULTING FROM THE NOVO
CORONAVIRUS PANDEMIC AND THE GOVERNMENT'S
INTERVENTIONS TO ADDRESS IT***

Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues
Mestranda em Ciências Jurídicas pela Ambra University
Juíza federal

RESUMO: O presente artigo trata das consequências da pandemia do novo coronavírus sobre os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, bem como das intervenções governamentais nesse segmento em decorrência da crise sanitária mundial. Será analisada com destaque a criação da Conta COVID, medida estrutural engendrada pelo governo federal para tentar reequilibrar o setor de modo emergencial. Buscar-se-á verificar se a Conta COVID entremostrou-se estratégia eficiente, pelo menos a curto prazo, bem como se conseguiu conciliar os interesses de todos os agentes do processo de distribuição e consumo de energia elétrica no país.

ABSTRACT: *The article deals with the consequences of the new coronavirus pandemic on electricity distribution concession contracts, as well as government*

interventions in this segment as a result of the global health crisis. The creation of the COVID Account will be highlighted, a structural measure created by the Federal Government to try to rebalance the sector in an emergency manner. The aim will be to verify whether the COVID Account proved to be an efficient strategy, at least in the short term, as well as whether it managed to reconcile the interests of all agents in the process of distribution and consumption of electricity in the country.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar os efeitos da pandemia do novo coronavírus e as interferências do governo na economia – motivadas pela necessidade de combater a doença –, que, direta ou indiretamente, afetaram o setor elétrico nacional, especificamente o segmento de distribuição de energia elétrica.

Buscar-se-á identificar as consequências dessas áleas extraordinárias (pandemia e intervenções do governo) para o consumidor final de energia elétrica, para as empresas do setor e para o próprio poder concedente, perquirindo se foram gerados incentivos para o aumento do bem-estar social e da eficiência econômica da sociedade.

A pandemia do novo coronavírus, *per se*, trouxe grandes desafios e impactos para toda a sociedade e para os governantes, seja em relação à necessidade de agir para frear a sua propagação, a fim de permitir que o serviço de saúde tivesse condições de atuar de modo eficaz, seja para minorar os impactos econômicos individuais e sociais, naturalmente decorrentes de tão grave crise de saúde pública.

É certo que o governo precisava intervir¹. Mas essas intervenções do governo no combate à pandemia, obviamente, trouxeram outras consequências econômicas e geraram incentivos sociais das mais diversas ordens, inclusive para o segmento de distribuição de energia elétrica, permeado de especificidades e regulamentações próprias.

Em linhas gerais, a pandemia do novo coronavírus e as intervenções governamentais na economia dela decorrentes geraram um desequilíbrio nos contratos

1 Aliás, a coordenação racional da crise pelo Estado, como forma de minimizar as assimetrias entre os cidadãos, é um dos objetivos da própria vida em sociedade. Conforme ensina Tiago Odon (2018, 105): “*A estabilidade política e social é então mantida pelo Estado em favor de grupos variados com poder de pressão, colocando ‘panos quentes’ nos conflitos*”.

de concessão de distribuição de energia elétrica, pondo em risco a continuidade desse serviço e causando a solvência das concessionárias do setor, bem como levando a um risco iminente de aumento tarifário para o consumidor final – ainda durante a pandemia, por ocasião de revisões tarifárias ocorridas em 2020 e nos anos seguintes.

Numa tentativa de solução ao desequilíbrio econômico-contratual dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, foi criada a chamada “Conta COVID” (por meio do Decreto nº 10.350, de 18 de maio de 2020, regulamentando a MP nº 950, de 8 de abril de 2020), cuja modelagem e consequências serão abordadas em capítulo específico no presente trabalho.

O que se propõe analisar, portanto, é quais medidas do governo, tendentes ao combate ao novo coronavírus, afetaram o segmento de distribuição de energia elétrica (já impactado naturalmente pela própria pandemia), bem como se a “Conta COVID” entremostrou-se eficaz para solucionar o desequilíbrio instalado, pelo menos a curto prazo.

1. BREVES CARACTERÍSTICAS DO SETOR ELÉTRICO

O serviço de distribuição de energia elétrica é um monopólio natural da União, podendo ser exercido diretamente ou por terceiros², mediante delegação de serviço público, lastreada em contrato de concessão (Lei nº 8.987/95)³.

A assunção do serviço de distribuição de energia elétrica exige a realização de vultosos investimentos, tratando-se de setor intensivo no uso do capital. O modelo de negócio perpassa pela realização de investimentos de alta monta em troca de longo período de concessão da exploração do serviço. Por essa característica, torna-

2 Segundo estabelece o artigo 21, inciso XII, alínea *b* da Constituição da República Federativa do Brasil, “*competete à União explorar diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*”.

3 Destaca Fágio Giambiagi e Ana Cláudia Além (2011, 409): “No Brasil, a regulação está estritamente associada e condicionada ao contrato de concessão. O contrato de concessão é um instrumento complexo, que tem dois objetivos potencialmente conflituosos: a maximização do bem-estar do consumidor e a garantia de um retorno atrativo para o investidor. O contrato determina o valor e o prazo da concessão, regras de fixação de tarifas, condições de financiamento, e direitos e obrigações durante a vigência da concessão e ao final do contrato. O desafio é estruturar o contrato de concessão de forma a minimizar os riscos de retorno muito elevado ou muito baixo para o investidor, de provisão ineficiente dos serviços e de manutenção inadequada dos ativos.”

se notório que estabilidade e segurança jurídica são princípios caros ao investidor e ao setor de modo geral.

Em média, vinte por cento (20%) da conta de energia elétrica é a fatia que remunera o investimento e o serviço de distribuição. Em números aproximados, oitenta por cento (80%) da fatura são destinados ao pagamento de tributos federais e estaduais dos serviços de geração e transmissão de energia elétrica e de outros encargos setoriais⁴. Costuma-se dizer que as distribuidoras de energia são o “caixa” do setor elétrico, na medida em que são responsáveis por toda a arrecadação e pelo repasse da remuneração aos demais segmentos de transmissão e geração, além dos já citados encargos e tributos.

O segmento de distribuição de energia elétrica usa modelo regulatório vinculado ao preço cobrado e não ao custo do serviço. Assim, uma vez fixado o preço pelo órgão regulador, cabe ao concessionário gerir a sua operação de modo a obter os resultados de acordo com a sua melhor expectativa.

A cada quatro ou cinco anos, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel realiza processo de revisão tarifária. Para tanto, verifica as empresas do setor que podem ser tomadas como referencial de comparação e estabelece um preço que considera razoável, segundo metodologia e disposições legais e contratuais aplicáveis, no sentido de permitir que a concessionária realize a operação e ainda obtenha lucros⁵.

É certo que não deve haver mudanças na tarifa diante da ocorrência de áleas ordinárias do mercado ou do contrato. Mas é evidente que o incremento de custos (entendido aqui em sentido lato, ou seja, aumento de despesas e/ou diminuição de receita) impacta o equilíbrio do contrato, afetando a capacidade de investimento e a expectativa de retorno.

4 Vide: https://www.aneel.gov.br/conteudo-educativo/-/asset_publisher/vE6ahPFxsWHt/content/composicao-da-tarifa/654800?inheritRedirect=false

5 Sobre o papel da tarifa na preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, anota Jacinto Arruda Câmara (2009, 163): “Como a tarifa constitui, em regra, a principal fonte de remuneração das concessionárias de serviço público, não é difícil demonstrar a grande relevância que este elemento tem na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Deveras, se a tarifa representa o principal benefício extraído pela concessionária, a preservação da proporcionalidade entre as despesas e receitas previstas originalmente no contrato está, obviamente, atrelada a este fator.”

2. INTERVENÇÃO DO GOVERNO NA ECONOMIA. ASPECTOS CONCEITUAIS

Em 1789, na obra *A riqueza das nações*, Adam Smith apresentou a base teórica para a expansão do capitalismo, calcada na ideia de que a livre economia seria a forma mais rápida de uma nação alcançar o progresso. A intervenção estatal na economia seria o principal obstáculo para o desenvolvimento econômico do país. Smith defende o liberalismo econômico, com a predefinição restritiva do papel do Estado (praticamente: defesa nacional, sistema de Justiça e obras e instituições que não atraíam interesses privados), sob o argumento de que existiria uma mão invisível que autorregularia o mercado.

A teoria econômica tradicional preleciona que, de fato, sob certas condições, a alocação de recursos na sociedade pode atingir o ideal da máxima eficiência, mesmo sem a figura de um planejador central, bastando que as firmas operem em mercado competitivo, buscando a maximização de seus lucros, lastreadas na livre concorrência⁶.

É certo, porém, que, em algumas situações, chamadas “falhas de mercado”, essa esperada autorregulação acabe não ocorrendo. Segundo pontua Marcos Mendes (2011): “quando o mercado falha, a intervenção do governo pode ser importante para colocar a sociedade em um nível mais elevado de bem-estar”.

6 Sobre as condições ideais de funcionamento de um mercado competitivo e sobre as situações que afastam a conjuntura ótima de máxima eficiência do mercado, pontuam Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além (2011, 4): “Segundo a teoria tradicional do bem-estar social (*welfare economics*), sob certas condições, os mercados competitivos geram uma alocação de recursos que se caracteriza pelo fato de que é impossível promover uma realocação de recursos de tal forma que um indivíduo aumente o seu grau de satisfação, sem que, ao mesmo tempo, isso esteja associado a uma piora da situação de algum outro indivíduo. Essa alocação de recursos que tem a propriedade de que ninguém pode melhorar a sua situação sem causar algum prejuízo a outros agentes é denominada na literatura de ‘ótimo de Pareto’. Paralelamente a este conceito, a teoria econômica tradicional ensina que para atingir uma alocação ‘Pareto eficiente’ de recursos não é necessário que exista a figura de um ‘planejador central’, já que a livre concorrência, com as firmas operando em um mercado competitivo e procurando maximizar seus lucros, permitiria atingir esse ideal de máxima eficiência. A ocorrência dessa situação ótima, entretanto, depende de alguns pressupostos: a) a não existência de progresso técnico e b) o funcionamento do modelo de concorrência perfeita, o que implica a existência de um mercado atomizado – onde as decisões quanto à quantidade produzida de grande número de pequenas firmas são incapazes de afetar o preço de mercado – e de informação perfeita da parte dos agentes econômicos. Esta é uma visão idealizada do sistema de mercado. Na realidade, existem algumas circunstâncias conhecidas como “falhas de mercado” que impedem que ocorra uma situação de ótimo de Pareto. Tais circunstâncias são representadas por: a) existência de bens públicos, b) falha de competição, que se reflete na existência de monopólios naturais, c) externalidades, d) mercados incompletos, e) falhas de informação, e f) ocorrência de desemprego e inflação.”

Uma crise sanitária de proporção mundial, como a que enfrentamos com a pandemia do novo coronavírus, certamente pode levar a distorções graves no mercado, demandando intervenções do governo na economia, até mesmo como forma de garantir bens básicos a parcelas mais vulneráveis ou a segmentos considerados essenciais para o enfrentamento da crise, a depender dos nortes éticos que orientam o Estado e das políticas públicas que este decide adotar.

Nos próximos itens, tentaremos identificar os principais efeitos da pandemia e dos atos do governo que, interferindo no mercado com vistas ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, trouxeram consequências para o segmento de distribuição de energia elétrica, para os consumidores finais de energia e para o próprio poder concedente, bem como quais medidas o governo adotou para minimizar os efeitos imediatos das suas intervenções⁷.

3. EFEITOS DA PANDEMIA NA ECONOMIA E INTERVENÇÕES RESTRITIVAS DO GOVERNO. IMPACTOS NO SEGMENTO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A pandemia, naturalmente, impactou o segmento de distribuição de energia elétrica, seja porque houve uma diminuição da receita (alguns setores do mercado diminuíram sua operação ou pararam de operar), seja porque houve um aumento da inadimplência diante da diminuição de rendimentos dos próprios consumidores finais, que se viram impossibilitados de pagar a conta de energia.

A par disso, acompanharam-se intervenções do governo na economia por meio da edição de atos por entes das várias esferas do estamento federativo, a exemplo da União, dos estados, dos municípios, da Aneel. Tais atos geraram consequências econômicas para o setor de distribuição de energia elétrica, direta ou indiretamente.⁸

Inicialmente, podem ser citadas as medidas que impuseram isolamento social, sobretudo decretadas por estados e municípios, como forma de tentar frear o avanço

⁷ Ressalte-se que não é objetivo do presente trabalho avaliar se essas intervenções do governo levaram a “falhas de governo”, tendo em vista que tal análise demanda um tempo maior de observação do mercado, não podendo ser realizada antes do término da pandemia, quando se efetivará o balanço final nas contas do setor e a distribuição dos custos entre os agentes do segmento de distribuição e consumo de energia elétrica.

⁸ É importante destacar que não se pretende neste tópico avaliar se a intervenção estatal era necessária e se foi feita de forma eficaz e acertada, mas objetivamente perquirir quais as principais consequências decorrentes das posturas adotadas.

da pandemia. Notório que o fechamento de mercados produtivos e de serviços levou a uma diminuição do consumo de energia elétrica e, conseqüentemente, a uma perda de receita para as concessionárias. Nas palavras de Fernando Meneguim e Amanda Flávio de Oliveira (2020), “ao instituir isolamento social como forma de contenção da crise sanitária, necessariamente institui-se uma crise econômica”.

Pela Resolução Aneel nº 878, de 24 de março de 2020, foi estabelecida a proibição de que as concessionárias suspendessem o fornecimento por inadimplência para diversos setores, a exemplo de serviços indicados como essenciais e para consumidores de baixa renda⁹, fato esse que estimulou o aumento da inadimplência ou, minimamente, usurpou das concessionárias importante mecanismo de cobrança e combate à inadimplência.

Por esse ato, o governo instituiu uma espécie de moratória para o pagamento da conta de energia elétrica, cujos riscos são muito bem pontuados por Fernando Meneguim e Amanda Flávio de Oliveira, quando anotam (2020):

A instituição de uma moratória nos contratos, preliminarmente destinada a ajudar o consumidor individual, se universalizada e legitimada, irá prejudicá-lo no agregado.

Esse prejuízo manifestar-se-á, por exemplo, na quebra generalizada dos vínculos contratuais, ou no aumento de preço para aqueles que não aderirem à moratória, a ponto de torná-lo proibitivo.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 950, de 8 de abril de 2020 (prazo de vigência encerrado em 5 de agosto de 2020), estabeleceu desconto de 100% (cem por cento) na tarifa social para consumidores de baixa renda para a parcela de consumo de

9 A tarifa social para consumidores de baixa renda é determinada pela Lei nº 10.438/02. Permita-se observar que, numa situação de normalidade, não se mostra eficiente a estratégia de distribuir renda disfarçada de diminuição de preços para certas categorias ou grupos de pessoas considerados vulneráveis na sociedade. A esse respeito, assim pontua VARIAN (2006, p. 629): “*A preocupação das pessoas com a distribuição de bem-estar pode levá-las a defender várias modalidades de manipulação de preços. Tem-se argumentado, por exemplo, que os cidadãos idosos deveriam ter acesso a um serviço telefônico mais barato, ou que pequenos usuários de eletricidade deveriam pagar taxas mais baratas que os grandes usuários. Isso constitui basicamente tentativas de redistribuir renda através do sistema de preços ao oferecer a algumas pessoas preços menores do que os oferecidos a outras. Quando refletimos sobre isso, vemos que é uma forma terrivelmente ineficiente de redistribuir renda. Se desejamos redistribuir a renda, por que simplesmente não redistribuímos renda? Se dermos a uma pessoa um dinheiro para gastar, ela poderá escolher consumir mais de qualquer um dos bens que deseje consumir – não necessariamente do bem subsidiado.*”

energia elétrica inferior ou igual a 220 (duzentos e vinte) kwh/mês durante o período de 1º de abril a 30 de junho de 2020. E também autorizou a destinação de recursos pela União para a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), para a cobertura dos descontos tarifários criados¹⁰.

Segundo estimativa da Aneel, o consumo de energia diminuiu aproximadamente 14% (quatorze por cento) no país durante a pandemia em relação ao mesmo período de 2019. Quanto à inadimplência, aproximadamente 10% das contas de energia deixaram de ser pagas. Tal cenário levou a uma perda de 6,3% na arrecadação média do setor de distribuição no período da pandemia¹¹.

A diminuição da receita e a manutenção dos custos determinaram um desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, com possível agravamento contínuo com o decorrer da pandemia, pondo em risco a própria continuidade do serviço público, ainda durante a grave crise sanitária que se enfrenta.

Mostrava-se essencial, portanto, que o governo federal e/ou a Aneel apresentasse(m) uma solução, o que precisava se dar de maneira imediata, ainda durante a pandemia e conjugando interesses dos consumidores finais (sofriam risco de iminente aumento tarifário por ocasião da próxima revisão regulatória), do poder concedente (já se falava em necessidade de socorrer o setor ou até de pagá-lhe indenizações compensatórias pelas intervenções econômicas) e das próprias distribuidoras de energia elétrica (vislumbravam risco concreto de não atingirem os resultados provisionados e, quiçá, de necessitar encerrar as operações).

4. CONTA COVID. TENTATIVA DE RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO DO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA A CURTO PRAZO

O governo federal determinou então a criação da Conta COVID por meio do Decreto nº 10.350, publicado em 18 de maio de 2020, regulamentando a MP

10 Segundo Edmundo Montalvão e Marcos Mendes (2012): “De modo geral, o uso de subsídios cruzados na fixação de preços regulados pelo governo reduz a eficiência da economia, penaliza injusticadamente os consumidores não subsidiados, reduz a transparência sobre quanto custa cada classe de subsídio, distorce a política orçamentária do governo e viabiliza a sobrevivência de subsídios ineficientes com base em pressão política de grupos beneficiários.”

11 Vide: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/energia-minerais-e-combustiveis/2020/06/aneel-regulamenta-conta-covid-para-minimizar-efeitos-da-pandemia-no-setor-eletrico>

nº 950/2020¹², destinada a receber recursos a serem utilizados em operações de empréstimos às distribuidoras de energia elétrica, com vistas a garantir a liquidez do setor em meio à pandemia do novo coronavírus.

Os recursos foram oferecidos por um conjunto de instituições financeiras, lideradas pelo BNDES, sem qualquer participação do Tesouro Nacional. A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE foi designada gestora da conta, sendo responsável pela contratação do empréstimo e pela transferência dos recursos às distribuidoras. Tratando-se de agente único, buscou-se facilitar o acerto de contas ao final.

Os recursos tomados em empréstimo deverão ser pagos em até 60 meses, estando a operação garantida por meio dos ativos regulatórios já reconhecidos como direito das distribuidoras de energia elétrica (créditos perante o poder concedente) contabilizados pela Aneel.¹³

Por meio dessa operação estruturada pelo governo/pela Aneel, foi possível facilitar o acesso das distribuidoras a crédito de baixo custo em sólidas instituições bancárias, garantido por créditos detidos pelas próprias concessionárias em face do poder concedente e sem aporte do Tesouro Nacional. Foi possível ainda evitar que, por ocasião das revisões tarifárias ocorridas durante a pandemia, fosse imposto aumento tarifário ao consumidor final.

Pela composição alcançada, conciliando os interesses de todos os *players* envolvidos, a solução parece ter atendido ao princípio da eficiência¹⁴, pelo menos a curto prazo. Porém, ainda se apresentam incertas as consequências das intervenções

12 O Decreto nº 10.350/2020 foi regulamentado pela Resolução Normativa Aneel nº 885, de 23 de junho de 2020.

13 Esclareça-se que os ativos e passivos regulatórios vão sendo acumulados pelas distribuidoras de energia, na medida em que incorrem em custos a mais ou a menos com a energia comprada para a revenda. O acerto entre os ativos e passivos é realizado por ocasião do processo de revisão tarifária.

14 Conforme ensinam Paul Krugman e Robin Wells (2007, 12): “Para os economistas, os recursos de uma economia são usados eficientemente quando usados de modo a explorar oportunamente todas as oportunidades de melhorar a situação de cada um. Em outras palavras, uma economia é eficiente quando usa todas as oportunidades de melhorar a situação de alguns sem piorar a situação de outros.”

do governo, dentre as quais se inclui a própria criação da Conta COVID, num cenário a médio e a longo prazo¹⁵.

Especula-se que o efetivo pagamento do empréstimo à Conta COVID dar-se-á com base na avaliação do real direito ao reequilíbrio, o que só poderá ser calculado ao término da pandemia. Assim, encerrado o momento de crise, constatado que a distribuidora de energia elétrica realmente faz jus ao reequilíbrio contratual, o empréstimo será pago na tarifa de energia elétrica pelo consumidor final. Mas, se não houver perdas a reparar em favor da concessionária, o empréstimo será pago com os ativos regulatórios a que fazem jus, já dados em garantia.

Não obstante, continua aquecida a própria discussão sobre quem seria o responsável pelo pagamento da diferença que levou ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, dado que alguns defendem a tese de que a pandemia não se caracteriza como álea extraordinária, na medida em que foi suportada igualmente por todas as partes, sem ter sido causada por qualquer delas. Inclusive, concluir quem é o responsável pelo pagamento dessa diferença e quantificá-la são os objetos da Consulta Pública nº 35, aberta pela Aneel em 2020, e que se encontra na sua terceira fase.

CONCLUSÃO

Os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica sofreram desequilíbrio econômico-financeiro como consequência da pandemia do novo coronavírus, bem como pelas intervenções do governo na adoção de medidas relativas ao seu enfrentamento.

15 Pontue-se o relevante contraponto trazido por Fernando Meneguín e Tomás Bugarín (2016): “Há de se frisar, no entanto, existirem também ações governamentais extremamente deletérias, pois geram aparente aumento do bem-estar num primeiro momento, mas criam uma ineficiência que se propaga de forma negativa por várias gerações. Normalmente, essas ações nocivas estão relacionadas à incapacidade de o governo dizer não a grupos de interesses ou à necessidade de obter rápido retorno eleitoral. Nesse conjunto, incluem-se atos que promovem o agravamento do déficit fiscal em detrimento de toda a sociedade”. Dessa forma, podemos lapidar a advertência de Timm (2014, p. 28) – “a ineficiência é sempre injusta” –, para esclarecer que a ineficiência poderá ser injusta quando os benefícios advindos do crescimento econômico no médio ou longo prazo não superarem os prejuízos causados pela ineficiência inicial. As decisões legislativas e regulatórias, e até mesmo as judiciais, devem estar atentas à repercussão criada para o bem-estar da sociedade. Nesse aspecto é que o presente texto pretendeu atuar. A análise do impacto das normas e das políticas públicas deve ser realizada numa perspectiva intertemporal, sob o risco de se deixar de tomar medidas positivas caso se considere somente o momento presente ou, ainda pior, o risco de se decidir algo que trará malefícios para as gerações futuras.”

Em poucos meses de pandemia, já eram evidentes e significativos os impactos na arrecadação e na inadimplência da conta de energia, havendo riscos para a continuidade do serviço, podendo gerar a solvência das distribuidoras de energia, para os demais segmentos do setor elétrico, bem como para o próprio governo, enquanto destinatário dos tributos arrecadados pelas distribuidoras. O desequilíbrio econômico-financeiro desse tipo de contrato opera um efeito cascata.

Mesmo ainda sem uma conclusão sobre de quem seria a responsabilidade por arcar pelo desequilíbrio dos contratos (nem mesmo de qual seria o seu valor), era necessário que alguma providência fosse adotada pelo governo, sob pena de agravamento da crise.

Intervindo mais uma vez na economia, o governo engendrou operação estruturada de financiamento, determinando a criação da Conta COVID, por meio da qual garantiu o acesso das distribuidoras de energia a crédito em instituições bancárias confiáveis, a baixo custo e garantido por meio de ativos regulatórios escriturados na Aneel.

A curto prazo, a estratégia adotada pelo governo evitou que o impacto do desequilíbrio dos contratos fosse imediatamente repassado para o consumidor final. Estruturando a operação de crédito, ainda, o poder público não precisou transferir recursos para socorrer as empresas do setor nem lhes pagar indenizações compensatórias, providências que já estavam sendo pleiteadas pelas distribuidoras.

Especula-se que o empréstimo tomado só será pago pelo aumento futuro de tarifa, se calculado que a concessionária efetivamente faz jus ao reequilíbrio da avença. Por outro lado, se não comprovadas perdas a reequilibrar, o empréstimo será pago por meio dos ativos regulatórios já dados em garantia.

A mensuração das consequências da Conta COVID, a médio e longo prazo, só poderá ocorrer após o término da pandemia, depois de confirmado se realmente as distribuidoras acumularam perdas e, ao fim, de quem é a responsabilidade pelo pagamento dessa conta.

Todavia, no cenário instalado, ainda durante a pandemia, após várias intervenções governamentais e um desequilíbrio contratual já então contabilizado, entendemos

que a Conta COVID entremostrou-se estratégia eficiente, conciliando os interesses de todos os agentes do processo de distribuição e consumo de energia elétrica¹⁶.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GIAMBIAGI, Fábio, & ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KRUGMAN, Paul, & WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Marcos. **Por que o governo deve interferir na economia?** Brasil, Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/24/por-que-o-governo-deve-interferir-na-economia/>

MENEGUIN, Fernando, & Tomás Bugarin. **O Dilema entre a Eficiência de Curto e de Longo Prazo no Ordenamento Jurídico e o Impacto no Crescimento Econômico**, 2016. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2710>

MENEGUIN, Fernando, & OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Moratória e serviços essenciais: medida bem-intencionada com efeitos indesejáveis**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moratoria-e-servicos-essenciais-medida-bem-intencionada-com-efeitos-indesejaveis-16042020>

MONTALVÃO, Edmundo Montalvão, & MENDES, Marcos. **O que é “subsídio cruzado” e como ele afeta a sua conta de luz?**, 2012. Disponível em <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/12/o-que-e-subsidio-cruzado-e-como-ele-afeta-a-sua-conta-de-luz/>

ODON, Tiago Ivo. **Justiça como equilíbrio: uma conversa entre filosofia do direito, economia & sociologia**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: princípios básicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

16 Destaque-se que a operação de financiamento da Conta COVID recebeu prêmio internacional “Deals of the Year Awards”, pelo grupo LatinFinance, na categoria financiamento estruturado, destacando a importância da medida na recuperação da atividade econômica do setor elétrico. Vide: <https://www.latinfinance.com/awards/deals-of-the-year-awards/2020>

**CONCILIAÇÃO SOB O PARADIGMA DA COMUNICAÇÃO
NÃO VIOLENTA (CNV): A EXPERIÊNCIA DO CENTRO
JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA
(CEJUSC) DA JUSTIÇA FEDERAL EM PETROLINA/PE**

***CONCILIATION UNDER THE PARADIGM OF NON-VIOLENT
COMMUNICATION (NVC): THE EXPERIENCE OF JUDICIAL CENTER
FOR CONFLICT RESOLUTION AND CITIZENSHIP (CEJUSC) OF THE
FEDERAL JUSTICE IN PETROLINA/PE.***

Danielly Barros Beserra

Graduada em Direito pela Universidade do Estado da
Bahia (Uneb)

Especialista em Sistema de Justiça: Conciliação, Mediação
e Justiça Restaurativa pela Universidade do Sul de Santa
Catarina (Unisul)

Pós-graduanda em Neurociência Aplicada ao Direito e
Comportamento Humano pela Escola da Magistratura
Federal do Paraná (Esmafe/PR)

Analista da Justiça Federal, supervisora e conciliadora do
Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
(Cejusc) da Justiça Federal em Petrolina/PE

RESUMO: O presente artigo trata de relato de caso acerca da aplicação da Comunicação Não Violenta (CNV) em audiências de conciliação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Justiça Federal em Petrolina/PE. Pretende avaliar a utilidade e eficácia dessa técnica no ambiente conciliatório do Judiciário Federal. Para tanto, foi elaborada pesquisa bibliográfica acerca da teoria do conflito e da vigente Política Nacional de Solução Adequada de Conflitos, além

dos modelos de mediação desenvolvidos em Harvard (satisfativo) e por Alberto Warat (transformativo), aparentemente contrapostos. A análise dos casos concretos atendidos no Cejusc, utilizando a CNV, como composição entre os dois modelos de mediação descritos, revelou a eficácia dessa abordagem, encontrando ótimos resultados.

ABSTRACT: *This is a case report on the application of Non-Violent Communication (NVC) in conciliation hearings at the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship (Cejusc) of the Federal Justice in Petrolina/PE. It intends to evaluate the usefulness and effectiveness of this technique in the conciliatory environment of the Federal Judiciary. For this purpose, a bibliographic research was carried out about the theory of conflict and the current National Policy for Adequate Conflict Resolution, in addition to the mediation models developed at Harvard (satisfactory) and by Alberto Warat (transformative), apparently opposed. The analysis of real cases attended at Cejusc, using the NVC, such as composition between those two models of mediation, reveal the effectiveness of this approach, finding excellent results.*

INTRODUÇÃO

O Sistema de Justiça tradicional encontra-se em grave crise no que se refere à regulação dos conflitos humanos emergentes da complexa sociedade contemporânea.

Nesse sentido, emerge a necessidade de utilização de métodos alternativos para resolução dessas demandas, de acordo com as necessidades e os fenômenos envolvidos, merecendo destaque, entre tais métodos, a mediação e a conciliação, que buscam lidar com os conflitos pautados numa dimensão ampla da condição humana, visando à restauração das relações conflitivas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ciente dessa necessidade, publicou a Resolução nº 125/2010, em que apresenta a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, incentivando os mecanismos consensuais de solução de litígios, entre eles, a conciliação. Em seguida, o novo paradigma foi substancialmente sedimentado pelo Código de Processo Civil e pela Lei da Mediação, ambos de 2015.

Nesse diapasão, a Comunicação Não Violenta (CNV), desenvolvida por Marshall Rosenberg, funciona como instrumento essencial para a resolução adequada dos

conflitos, na medida em que se fundamenta na concepção de que a violência, ou seja, os atos exteriorizados, são expressões materiais de necessidades (muitas vezes ocultas) não atendidas e que há elementos a serem observados para que se possa efetuar a comunicação de maneira não violenta. Além disso, a CNV encontra na empatia a base de sua fenomenologia, visto que é através do “sentir o outro” que é possível desenvolver as habilidades necessárias.

Assim, a comunicação baseada na não violência, através do exercício da empatia e da vulnerabilidade, constitui a base necessária para experimentar uma nova dimensão de justiça – e de técnica autocompositiva.

Em vista disso, este trabalho pretende apresentar relato de caso acerca do uso da CNV sob tais perspectivas, no âmbito do Cejusc da Justiça Federal em Petrolina/PE, apresentando casos concretos de sua aplicação.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental. Foram analisadas as informações constantes de banco de dados do Cejusc da Justiça Federal em Petrolina/PE em relação às audiências de conciliação presididas por esta autora.

O trabalho será apresentado da seguinte forma: fundamentação teórica necessária para desenvolvimento do tema, em que serão discutidos a teoria do conflito, a política de métodos adequados de solução de conflitos e os modelos de mediação desenvolvidos em Harvard (satisfativo) e por Alberto Warat (transformativo), aparentemente contrapostos. Em seguida, é discutida a técnica da Comunicação Não Violenta e o relato de caso sobre a atuação desta autora como conciliadora no Cejusc Petrolina/PE utilizando essa abordagem, acompanhados dos resultados obtidos. Ao final, apresenta-se conclusão sobre a experiência e propostas sobre o tema.

1. TEORIA DO CONFLITO E AUTOCOMPOSIÇÃO COMO POLÍTICA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O conflito é um fenômeno natural das relações humanas e decorre, em grande parte, das diferentes percepções entre os envolvidos acerca de um ato, fato ou circunstância. Segundo Deutsh (2004, p. 7) “é uma manifestação inerente à conduta humana, podendo assumir esta ou aquela feição de acordo com o caminho que os envolvidos escolhem para o seu manejo ou resolução”.

Por outro lado, não há dúvidas de que a missão essencial do direito consiste na pacificação social através da gestão dos conflitos, de modo a “harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste.” (DINAMARCO, 2011, p. 25).

Entre as diversas técnicas de solução de conflitos – autotutela, autocomposição ou heterocomposição –, os métodos autocompositivos da mediação e da conciliação têm se revelado como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, pois conseguem alcançar a verdadeira resolução do conflito subjacente e não apenas o encerramento de um processo ou o impedimento de sua inauguração.

Nesse sentido, a Resolução n.º 125/2010 do CNJ instaurou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, determinando aos órgãos judiciais “[...] oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.” (BRASIL, 2010). A referida resolução consolida um movimento que já se formava de modo esparso por meio de outros regramentos legais e que avançou com a introdução do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, ambos em 2015.

No âmbito da Justiça Federal, foi editada a Resolução n.º 398/2016, reforçando e complementando a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, com adaptações às circunstâncias dessa seara.

A pretensão dessa política é elevar a atenção do Poder Judiciário ao direito fundamental de acesso à Justiça, entendido como acesso à ordem jurídica justa.

Segundo Watanabe (2019, p.109-110):

[...] o conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciais para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem, como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Portanto, o acesso

à justiça, nessa dimensão, é mais amplo e abrange não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial.

Cappelletti (1988) ensina que o acesso à Justiça não pode ser entendido apenas como acesso ao Poder Judiciário, ao processo e ao profissional com capacidade postulatória, mas sim à efetiva prestação jurisdicional, que se refere não só à prestação heterocompositiva, em que um terceiro imparcial decide o litígio, mas também à autocomposição do conflito pelos próprios interessados, assistida pelos agentes do Estado.

O propósito é sair do modo de resolução de conflito de destruição do outro (subjugação) para o modelo cooperativo de resolução (DEUTSCH, 2004).

Segundo Deutsh (2004), um processo construtivo do conflito caracteriza-se pelo fortalecimento da relação social envolvida e pelo aumento da colaboração e da empatia entre os envolvidos. Ao contrário, no processo destrutivo, há um enfraquecimento ou mesmo rompimento dessa relação, com tendência à expansão das espirais de conflito.

Assim, um conflito claramente tem conseqüências destrutivas se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem conseqüências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. (DEUTSCH, 2004, p. 41).

Portanto, se o conflito é inerente à relação humana e incumbe ao direito lidar com essa discórdia visando à pacificação social, revela-se essencial a adoção de métodos adequados para tanto e, nesse sentido, a conciliação e a mediação têm-se mostrado sobremaneira eficazes para alcançar esse objetivo.

1.1. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Enquanto métodos autocompositivos, os conceitos tradicionais de mediação e conciliação adotados nos estudos sobre o tema apontam para algumas características: ainda que ambos sejam dirigidos à resolução dos conflitos mediante auxílio de um terceiro imparcial sem poder decisório, a mediação é voltada para conflitos mais

complexos, em que há uma relação prévia e continuada entre as partes, ao passo que a conciliação é adotada quando inexistente esse relacionamento anterior, revelando um conflito mais objetivo. Em vista disso, o conciliador pode e deve sugerir soluções e conduzir ao acordo de forma ativa. Diz-se, assim, que a conciliação reflete um modelo mais satisfatório (voltado ao acordo) do que relacional (voltado ao relacionamento das partes).

Por outro lado, é relevante ressaltar que, de acordo com Vasconcelos (2008, p. 78):

[...] conciliação é mediação. Com efeito, não é o nome que se dá a um instituto o que caracteriza a sua natureza, mas é a sua natureza aquilo que o caracteriza. A natureza da conciliação é a de mediação de conflitos. O que a distingue de outros modelos de mediação não é a sua natureza, mas as suas particularidades [...].

No âmbito da conciliação, sobressai a aplicação do modelo de Harvard, criado pela Harvard Law School, desenvolvido no cenário histórico dos conflitos decorrentes da Guerra Fria entre os Estados Unidos e a antiga União Soviética. Tal modelo é focado na supressão dos impasses que originam o conflito e tem como objetivo central o acordo. Nesse sentido, Fisher, Ury e Patton (2014) desenvolveram a negociação baseada em quatro princípios: a) separação das pessoas do problema; b) foco nos interesses e não nas posições dos envolvidos; c) geração de opções de ganhos mútuos; e d) utilização de critérios objetivos para validar as escolhas.

Uma importante contribuição desse modelo refere-se ao conceito de BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), traduzido livremente para o português como MAANA (Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo), que se trata de parâmetro para verificar quais as melhores alternativas ao acordo, ou seja, em que circunstâncias é vantajoso ou não negociar e quais os melhores e piores cenários caso o acordo não seja realizado (FISHER, URY, PATTON, 2014). O papel do conciliador, portanto, é fornecer elementos suficientes para que os envolvidos no conflito percebam quais os seus respectivos BATNAs e analisem e valorem as condições concretas para a realização de um acordo.

Inobstante a valorosa relevância e aplicabilidade do supracitado modelo de mediação, é importante trazer à baila as concepções modernas de Warat (2018, p. 5):

A mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. [...] Uma forma alternativa de resolução de conflitos – acordo transformador das diferenças – que aponta para uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas e fornece visões de integridade e de humanização do homem.

Com efeito, para Warat, o racionalismo no qual estão mergulhados os operadores do direito – e que é ensinado e exaltado no ensino acadêmico –, acabou por levá-los a uma nociva insensibilidade em relação às pessoas envolvidas nos conflitos. Por isso, ele refuta a cultura do litígio vigente no direito, que traumatiza as partes, razão pela qual defende a eliminação dessa cultura para tratar adequadamente os conflitos, com base nas concepções de emancipação e alteridade.

Dessa forma, somente através de experiências ricas de alteridade – enquanto capacidade de ver o outro como sujeito – e, também, de recolhimento e preservação do espaço próprio de cada indivíduo (identidade) será possível desenvolver uma concepção emancipatória do direito. Essa concepção seria sensível às experiências de emancipação individuais, mas somente se revela viável através da denominada mediação dos sentidos (WARAT, 2018).

A mediação waratiana, portanto, não tem como objetivo a mera realização de um acordo, mas sim a criação de um ambiente hedonista e de profunda alteridade, baseado, portanto, em afeto e cuidado com o outro. Por isso mesmo, Warat defende que a função do mediador não é chegar ao acordo, isso é irrelevante; sua função é auxiliar as partes a lidarem com os desejos (aparentemente antagônicos) que estão em discussão, ajudando-as a trazer à tona também aqueles ocultos, que não são percebidos nem pelos envolvidos. Mais do que usar técnicas racionais de solução de conflitos, o mediador precisa ser dotado da maior capacidade de empatia possível, para entender os sentimentos em campo e promover essa percepção entre os litigantes.

A função do mediador, aqui aplicada ao conciliador também, “consiste em entender de gente”, “quem vai mediar precisa estar ligado com a vida” (WARAT, 2001, p. 39 e 41).

Seja em um ou em outro modelo de mediação, fica em evidência o poder do discurso e da linguagem na resolução autocompositiva dos conflitos. Sendo assim, visando conciliar ambas as abordagens, ganha relevo a técnica da Comunicação Não Violenta, abordada a seguir.

2. COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA

O homem também é social e é na relação com o outro, através da linguagem, que se constitui como sujeito. Com a linguagem, o indivíduo se desenvolve, constrói e reproduz significados, desenvolve consciência e se faz homem – reproduz ou cria padrões (BOCK, 1999).

Ciente disso, o psicólogo americano Marshal Rosenberg sistematizou a Comunicação Não Violenta (CNV) como uma técnica para aprimoramento de relacionamentos. Ele parte do princípio de que a natureza humana é compassiva e que a linguagem tem papel crucial na capacidade de expressar e manter esse estado natural de compassividade.

A CNV é definida por Rosenberg como “uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração” (2006, p. 21):

A CNV nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. Nossas palavras, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentindo e desejando. Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática.

Rosenberg (2006, p. 37) apresenta a ideia de “comunicação alienante da vida” referindo-se a “algumas formas específicas de comunicação que contribuem para o nosso comportamento violento em relação aos outros e a nós mesmos”, ou seja, que nos alienam do nosso estado compassivo natural.

São identificadas como formas de comunicação alienante: a) julgamentos moralizadores, uma vez que nos prendem num mundo de ideias sobre certo e errado que usa a linguagem para rotular e estigmatizar as pessoas; b) uso de comparações, pois implicam julgamentos limitantes; c) negação de responsabilidade, vez que afeta a consciência sobre a autorresponsabilidade por seus próprios pensamentos, sentimentos e atos; e d) comunicação dos desejos como exigências (ROSENBERG, 2006).

A CNV atua sobre duas vertentes – expressar-se honestamente e receber com empatia –, e ambas se dão através dos quatro componentes nos quais o processo se fundamenta: a) observação dos fatos sem julgamentos; b) identificação dos sentimentos com base na observação; c) reconhecimento das necessidades que geraram os sentimentos; e d) elaboração de pedidos concretos para enriquecer a vida.

O primeiro componente refere-se à observação sem avaliação, ou seja, despidida de julgamentos. Do contrário, “quando combinamos observações com avaliações, os outros tendem a receber isso como crítica e a resistir ao que dizemos” (ROSENBERG, 2006, p. 57).

O segundo componente consiste na identificação dos sentimentos envolvidos, tarefa que se revela bastante desafiadora na sociedade moderna, visto que “nós somos ensinados a estar direcionados aos outros em vez de em contato com nós mesmos” (ROSENBERG, 2006, p. 64). Ele ressalta que essa dificuldade frequentemente assola certos profissionais, entre eles os do âmbito jurídico (ROSENBERG, 2006).

De relevo notar a abordagem trazida por Rosenberg no que se refere ao costumeiro equívoco que ocorre quando se utiliza o verbo “sentir” para expressar não um sentimento, mas uma avaliação crítica, ou seja, um julgamento (forma de comunicação alienante).

Por exemplo, na frase “sinto-me ignorado”, Rosenberg esclarece (2006, p. 71):

Mais uma vez, isso é mais uma interpretação das ações dos outros do que uma descrição clara de como estou me sentindo. Sem dúvida, terá havido momentos em que pensamos estar sendo ignorados e nosso sentimento terá sido de alívio, porque queríamos ser deixados sozinhos. Da mesma forma, terá havido outros momentos em que nos sentimos magoados por estar sendo ignorados, porque queríamos participar.

Percebe-se, portanto, que expressar a vulnerabilidade pode ajudar na resolução dos conflitos.

Nesse campo, cumpre registrar os estudos de Brene Brown (2013) acerca do tema, que concluíram que a vulnerabilidade humana, em verdade, configura-se como um elemento de coragem e aqueles que se mostram vulneráveis são mais compassivos com eles mesmos e com os outros e vivem mais experiências significativas de conexão humana.

O terceiro componente da CNV trata de reconhecer as necessidades não atendidas a partir das quais aqueles sentimentos foram gerados. Portanto, a CNV compreende que a causa dos sentimentos de um indivíduo são as próprias necessidades não atendidas e não os atos dos outros; estes atuam, quando muito, como meros estímulos.

Rosenberg ressalta que (2006, p. 83-84)

juízos, críticas, diagnósticos e interpretações dos outros são, na realidade, expressões alienadas das nossas necessidades insatisfeitas: se nós não as valorizamos, os outros também não as valorizarão. Se outra pessoa nos diz ‘você não me compreende’, está na realidade buscando se referir à sua própria necessidade (não satisfeita) de ser compreendido.

Por fim, o último componente a ser verificado é a elaboração de pedidos para enriquecer a vida, mediante uso de uma linguagem clara, positiva e de ações concretas, sendo importante, ao final do pedido, conferir se a mensagem chegou adequadamente ao outro.

Portanto, o objetivo da CNV é “estabelecer relacionamentos baseados em honestidade e empatia, que acabarão atendendo às necessidades de todos” (ROSENBERG, 2006, p. 127).

Todo esse processo constituído pelos quatro componentes também se aplica à vertente da CNV referente ao “receber com empatia”, e o fazemos ao observar o outro sem juízos e escutar os sentimentos, necessidades subjacentes e pedidos “parafraseando o que compreendemos” (ROSENBERG, 2006, p. 139), para que seja informada ao outro a percepção acerca da mensagem recebida, em tudo mantendo a empatia.

3. A EXPERIÊNCIA DO CEJUSC PETROLINA

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Justiça Federal em Petrolina/PE foi criado em 10/2/2017, por meio da Portaria n.º 5 da Direção do Foro da Seção Judiciária de Pernambuco, sob coordenação do juiz federal Arthur Napoleão Teixeira Filho.

Em 16/10/2017, após regular curso de formação nos termos da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, esta autora, já servidora pública do órgão desde 2010, foi certificada como conciliadora da Justiça Federal e vem desde então atuando nas audiências de conciliação, além das atribuições de supervisão do Cejusc Petrolina/PE.

Nesse período, foi possível implementar a CNV como técnica de abordagem das pessoas nas audiências de conciliação.

De início, cumpre registrar as peculiaridades da autocomposição de conflitos no âmbito da Justiça Federal. Tendo em vista a competência prevista na Constituição Federal (art. 109), verifica-se a presença constante de ente público federal em um dos polos da demanda. Tal fato poderia levar à conclusão sobre uma suposta superficialidade do conflito ou mesmo sobre a desnecessidade de adoção de um modelo focado nas pessoas, afinal, uma delas, necessariamente, não está pessoalmente envolvida com a lide, mas apenas representando a pessoa jurídica.

No entanto, a experiência demonstra que, embora o conflito seja suavizado por tais circunstâncias, a adoção da CNV nas audiências afeta positivamente as pessoas presentes na mesa de negociação: em maior grau, por certo, o particular; mas também o advogado público, o agente público ou o preposto que atua na representação da pessoa jurídica.

Isso se dá porque, ainda que atuando em representação de um ente público, ou seja, sem interesses pessoais na demanda, aquele ser humano continua dotado de toda a subjetividade que lhe é inerente e demanda atenção à suas necessidades não atendidas expressadas através de sentimentos, que resultam numa comunicação mais ou menos violenta, a interferir diretamente no sucesso da autocomposição.

Segundo Fisher, Ury e Patton (2014, p. 48), “ao lidar com negociadores que representam organizações, é fácil tratá-los como meros porta-vozes desprovidos

de emoções. É importante lembrar que também eles, como você, têm sentimentos, medos, esperanças e sonhos”.

3.1. AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E INDENIZATÓRIAS

No que se refere às demandas recorrentes objeto das audiências de conciliação do Cejusc Petrolina, verifica-se a presença de dois grandes grupos: a) demandas previdenciárias propostas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para percepção de benefício previdenciário ou assistencial; e b) demandas indenizatórias propostas contra a Caixa Econômica Federal (Caixa), visando sua condenação em danos morais e/ou materiais.

Nessas duas situações, é comum que o particular, após uma longa jornada de adversidades vivenciadas desde o indeferimento administrativo pelo INSS ou desde o suposto dano provocado pela Caixa, compareça à audiência de conciliação bastante contrariado. Em verdade, em sua maioria, esses cidadãos expressam sentimentos de angústia, raiva e preocupação. Disso resulta uma comunicação sobremaneira violenta, imputando ao ente público diversas acusações, que, no mais das vezes, são recebidas, ainda que inconscientemente, de forma negativa pelos representantes daqueles entes federais. Não é de se estranhar, com efeito, que manifestações sobre o “absurdo”, a “humilhação”, a “falta de vergonha” e a “irresponsabilidade” imputadas aos entes sejam assim sentidas pelos seus representantes. É comum observar, após isso, que a resposta do representante do ente é mais impaciente, intolerante ou mesmo menos propensa à negociação, chegando até ao revide ao particular com atribuição de culpa sobre o fato. Esse cenário colabora para a expansão das espirais do conflito.

Tal momento revela-se, portanto, crucial, fazendo-se necessária a intervenção do conciliador a fim de interromper essa comunicação alienante da vida, que se desenvolve com os julgamentos moralizadores acima descritos.

Para tanto, o conciliador deve apresentar um vocabulário de sentimentos a fim de que as partes possam nomear adequadamente suas emoções. Isso permite avançar para o próximo passo, que é identificar, a partir daqueles sentimentos, as necessidades não atendidas.

Assim, as pessoas são estimuladas e auxiliadas para nomear adequadamente as emoções envolvidas: “o senhor quer dizer que se sentiu envergonhado/triste/frustrado/decepcionado com o fato ocorrido?”. Ocorre, portanto, uma **intermediação**

para a mudança de padrões de linguagem viabilizando o reconhecimento dos próprios sentimentos.

Ressalte-se que, aqui, não se trata da mera validação de sentimentos prevista no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais na Resolução n.º 125/2010 do CNJ. Trata-se de um etapa anterior e mais profunda, pois somente ao identificar o sentimento envolvido a validação passa a fazer sentido e a ter utilidade.

Portanto, ao ser indagado sobre a emoção envolvida, o particular poderia responder: “me senti decepcionado com a Caixa, pois sou correntista do banco há 20 anos e nunca havia passado por problemas com meu cartão de crédito; fiquei, também, envergonhado diante dos meus familiares e amigos, ao ter a compra recusada indevidamente”; ou “fiquei assustado e chateado ao ser barrado na porta giratória e ver a aglomeração de curiosos se formando ao meu redor, sendo que sou portador de marcapasso”; ou ainda, “me sinto angustiada com a possibilidade de não receber o benefício previdenciário, pois estou desempregada e impossibilitada de trabalhar”.

Ao identificar e nomear os sentimentos envolvidos, há um alívio na tensão e as pessoas se sentem mais conectadas, baixando a guarda e o repertório de ataque e contra-ataque que estava se formando. A partir daí, é possível seguir para o reconhecimento das reais necessidades, que muitas vezes estavam ocultas naquelas anteriormente expressas, e elaborar pedidos concretos para enriquecer a vida.

Por fim, a elaboração de pedidos conscientes, através da aplicação do BATNA, somente se revela eficaz quando as partes já estão conectadas consigo mesmas e com suas necessidades, sob pena de a aplicação daquela técnica ser percebida por elas como constrangimento para o acordo.

Em se tratando de audiências previdenciárias, ganha relevo tal abordagem, na medida em que os particulares ali presentes estão, em sua maioria, acometidos de problemas de saúde, o que repercute numa acentuada fragilidade emocional, levando-os a apresentarem ainda mais dificuldades em expressar claramente os sentimentos e as necessidades envolvidos.

A aplicação da CNV sedimenta o caminho para a utilização das técnicas do modelo Harvard (negociação por princípios), contribuindo para um processo construtivo do conflito.

3.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O emprego da CNV como abordagem na autocomposição também é possível em ações complexas que não envolvem litigantes habituais, conforme se verifica pela atuação do Cejusc Petrolina/PE em Ação Civil Pública, cujo caso concreto é abaixo descrito.

Em maio de 2019, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública contra o Município de Petrolina/PE, com pedido de liminar para suspender o São João 2019 (a realizar-se em junho do mesmo ano), sob o fundamento de que os festejos comprometeriam a segurança das atividades aéreas do aeroporto da cidade. Antes de decidir sobre o pedido de suspensão e tendo em vista a elevada repercussão da demanda, foi designada audiência de conciliação no Cejusc.

A audiência, conduzida por esta autora e pelo conciliador Ítalo Ferreira de Souza, contou com representantes do MPF, da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), da Advocacia Geral da União (AGU) e do município de Petrolina/PE.

Ainda que presentes na demanda apenas entes públicos, a utilização da CNV na condução dos padrões de linguagem entre os envolvidos revelou-se, mais uma vez, eficaz: na declaração de abertura efetuada por esta autora, foi apresentado o genuíno sentimento de gratidão da própria conciliadora pela presença de todos e sua disposição para a composição da lide, aumentando a percepção dos envolvidos sobre a importância da conciliação e seu próprio papel no ato; foi solicitado aos envolvidos que se comprometessem em usar de comunicação compassiva e respeitosa entre si, colhendo-se declaração individual verbal e expressa de cada um, o que implicou um pacto de colaboração firmado desde o início; sempre que as pessoas se desviavam desse compromisso, houve intervenção da conciliadora sobre o ajuste inicial; ressaltou-se que as necessidades das partes antagônicas, na verdade, tinham em comum a preocupação com os interesses da população, fossem de lazer e geração de empregos, fossem de segurança, e isso permitiu uma elaboração de pedidos compatíveis com essas necessidades.

Ao final, as partes chegaram a um acordo para a realização dos festejos juninos de 2019 na cidade, o qual compreendia cumprimento de recomendação de segurança anterior, alteração do posicionamento e direcionamento das luzes do estacionamento do pátio de eventos a fim de mitigar eventual ofuscamento para as aeronaves

e encerramento da utilização do local para realização de eventos a partir do ano seguinte.

O processo e o conflito foram solucionados.

CONCLUSÃO

Ciente de que o conflito é inerente às relações humanas, o presente trabalho apresentou a perspectiva do papel do direito na pacificação social e no acesso à ordem jurídica justa.

No cumprimento desse papel, atendendo à previsão da Política de Métodos Adequados de Solução de Conflitos, a conciliação revelou-se sobremaneira salutar, pois alça os indivíduos envolvidos à condição de protagonistas da própria história, fortalecendo a noção de cidadania e o comportamento cooperativo e colaborativo. Desse modo, promove um ambiente de cura e pacificação social.

Os modelos de mediação desenvolvidos em Harvard (satisfativo) e por Alberto Warat (transformativo), aparentemente contrapostos, podem ser conciliados por meio do uso da Comunicação Não Violenta, conforme demonstrou a experiência nas audiências de conciliação do Cejusc Petrolina/PE.

Conclui-se da experiência compartilhada que a adoção de técnicas de comunicação compassiva e da empatia são eficazes nos processos conciliatórios, ainda que presentes entes públicos na demanda, pois os aspectos humanos inerentes aos representantes legais também são alcançados pela CNV.

Assim, a adoção da CNV revela-se sobremaneira salutar e uma abordagem essencial – a ser utilizada ao longo de todo o procedimento autocompositivo – para a eficácia de outras técnicas a serem aplicadas, como, por exemplo, os elementos da negociação por princípios (mediação de Harvard) (URY, 2005).

Com efeito, somente é possível separar as pessoas do problema, ter foco nos interesses e não nas posições dos envolvidos, gerar opções de ganhos mútuos e utilizar critérios objetivos para validar as escolhas se e quando os indivíduos envolvidos com a negociação estiverem utilizando uma comunicação compassiva, dando e recebendo empatia e verdadeiramente conectados consigo mesmos e uns com os outros, o que se facilita por meio da CNV.

Tem-se, portanto, como altamente desejável, a difusão da CNV na autocomposição dos conflitos, especialmente no Judiciário Federal, assim como na formação e no aperfeiçoamento dos conciliadores judiciais, uma vez que a comunicação compassiva ainda não faz parte do conteúdo teórico previsto na Resolução n.º 125/2010 do CNJ.

REFERÊNCIAS

BOCK, Ana Mercês Bahia. **A visão sócio-histórica do fenômeno psicológico**. In: BOCK, Ana Mercês Bahia. As aventuras do Barão de Mückhausen na Psicologia. São Paulo: EDUC, Cortez Editora, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 out 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>. Acesso em: 30 out 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Resolução nº 398, de 4 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Judiciária de solução consensual dos conflitos de interesses no âmbito da Justiça Federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/resolucao-cjf-398.pdf/view>. Acesso em: 30 out 2020.

BROWN, Brené. **A coragem de ser imperfeito**. São Paulo: Sextante. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie

Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 30 out 2020.

DEUTSCH, Morton. **A Resolução de Conflitos: processos construtivos e destrutivos**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação - Volume 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FISHER. Roger. URY. William. PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar**

acordos sem fazer concessões. Tradução Ricardo Vasques Vieira. 1ª ed. Rio de Janeiro:

Solomon, 2014.

JUSTIÇA FEDERAL DA 5.^a REGIÃO. **Após acordo realizado pelo Cejusc, município de Petrolina mantém realização do São João 2019**. [S. l.], 07 mai 2019. Disponível em: https://jfpe.jus.br/?option=com_noticia_rss&view=main&article-id=NjQ1NA Acesso em: 30 out 2020.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

TAKAHASHI, Bruno et al. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf)

[1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf). Acesso em: 20 out 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações**. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Florianópolis: EModara, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. in PELUSO, Min. Antônio Cezar e RICHIA, Morgana de Almeida(Coords.) Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional , Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WATANABE. **Depoimento: atualização do conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa**. In: Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

OS SINAIS DE NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

THE EVIDENCES OF NORMATIVITY IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRASIL

Diego Fernandes Guimarães

Doutorando em Ciências Jurídicas (Universidade de
Granada/Espanha)

Mestre em “Derechos fundamentales em perspectiva
nacional, supranacional y global” (Universidade de
Granada/Espanha)

Juiz federal (TRF5)

RESUMO: A Constituição é normativa quando é parte integrante e reguladora do processo político. Para identificar a normatividade de uma constituição, é preciso avaliar a apreensão da realidade política e jurídica e de sua apresentação como um processo aberto a uma vivência cooperativa e inclusiva. A Constituição brasileira de 1988 é normativa porque expressa um ponto evolutivo da história constitucional nacional, incorpora experiências de outros sistemas e enuncia os valores essenciais da comunidade. Abarca as particularidades culturais e possui um amplo conteúdo normativo pluralista, aberto a várias fórmulas de concretização e de canalização dos conflitos naturais de um estado pluralista, estando dotada, ainda, de instrumentos múltiplos de ativação da jurisdição constitucional. Por fim, a análise crítica da vivência da Constituição, desde a sua edição, revela que esta não se limita à organização sócio-política, mas também interage com ela e a transforma.

Palavras-chave: Constituição normativa. Estado pluralista. Vivência da constituição.

ABSTRACT: *A constitution is normative when integrates and regulates the political process. In order to identify the normativity of a constitution, it is necessary to assess the apprehension of political and legal reality and its presentation as an open process to a cooperative and inclusive experience. The Brazilian Constitution of 1988 is a normative one because it expresses an evolutive point of the national constitutional history, incorporates experiences from other systems and enunciates the essential values of the community. It also embraces cultural particularities and has a vast pluralist normative content, open to various formulas for the realisation and guiding of the natural conflicts of a pluralist state, and is also endowed with multiple instruments for the activation of constitutional jurisdiction. Finally, the critical analysis of the experience of the Constitution, since its edition, reveals that it is not limited to the socio-political organisation, but it also interacts and transforms the socio-political reality.*

Keywords: *Normative. Constitution. Pluralist state. Constitutional observance.*

INTRODUÇÃO

Provavelmente, desde antes da Lei Feijó, aprovada em 7 de novembro de 1831, que declarava a liberdade de todos os escravos vindos de fora do Império (a “lei para inglês ver”, na expressão popular), o povo lida, profanamente, com as “leis que não pegam” e, por sua vez, os operadores do direito debatem o problema da eficácia social das normas jurídicas.

Deve-se advertir, porém, que esse problema não se confunde com aquele sobre a normatividade das constituições, que neste artigo se cogita.

De fato, Karl Lowenstein¹ propôs uma classificação ontológica de constituição tendo por base o critério da dinâmica *constituição jurídica – realidade sociopolítica*. Uma constituição é normativa quando integra o processo político na condição de elemento interno e regulador. No polo oposto, está a constituição semântica, a qual não visa dirigir a dinâmica política, mas apenas manter o domínio dos detentores fáticos de poder. No mediano estará a constituição nominal, que tem pretensão de dirigir o processo político, mas a realidade sociopolítica (ainda) não está adaptada aos seus contornos normativos.

¹ LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona: Ed. Ariel, 2018. pp. 216 e ss.

A esse respeito, é importante destacar que uma compreensão abrangente do fenômeno constitucional considera que a realidade sociopolítica e a constituição são elementos da realidade cultural que interagem e se condicionam mutuamente. A constituição normativa, obra do poder constituinte, capta e disciplina alguns aspectos daquela realidade – destinada, assim, a incidir ainda que de forma contraposta às forças reais sociais² –, dando expressão textual aos valores essenciais da comunidade, aos procedimentos de formação da unidade política e aos papéis do Estado e dos poderes constituídos, assim edificando a ordem jurídica fundamental da sociedade. Essa é a dimensão estática ou ideal da constituição.

Entretanto, como elemento da realidade cultural, não se pode excluir a dimensão dinâmica ou fática da constituição, que é, precisamente, a sua vivência por meio das ações dos agentes políticos, da atividade dos poderes e órgãos constituídos e da vida comunitária, vivência essa que continuamente renova a legitimidade daquela ordem jurídica fundamental e lhe dá substrato. E, para assegurar uma vivência cooperativa e inclusiva no marco dos estados pluralistas, as constituições escritas se abrem às várias experiências históricas, a partir de fórmulas que asseguram a pluralidade política e de processos dialogados de tomada de decisão política que possam canalizar os conflitos naturalmente decorrentes daquela pluralidade, além de contemplarem proposições normativas não exaustivas e requisitos, materiais e formais, para a revisão de seu texto. A parte comumente inalterável do texto constitucional se refere ao inegociável, isto é, àquela parte da ordem jurídica que lhe estrutura e lhe dá substância.

Konrad Hesse³, em sua perspectiva concretista, conceitua a constituição como “ordem jurídica fundamental da comunidade”, e sobre esta leciona:

[surge como] uma ordem de cooperação organizada e processualmente ordenada (...) que assegure o êxito desta cooperação criadora de unidade, assim como a realização das tarefas estatais, eliminando o abuso das competências de poder (...) Trata-se de uma ordem que tem que ser criada, mantida em vigor, conservada e desenvolvida enquanto ordem histórica através da atuação humana (trad. nossa).

2 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEPC, 1985. p. 132.

3 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992. p. 14-16.

Nessa perspectiva – e sem prejuízo das especificidades teóricas que envolvem o tema –, pode-se concluir, primeiro, que a normatividade estará presente quando a constituição jurídica for encarada pela realidade política como seu componente normativo superior, a despeito do seu maior ou menor grau de eficácia e da concretização de suas normas.

Em suma, as constituições do segundo pós-guerra têm se caracterizado pela previsão de textos analíticos e abrangentes, ecléticos no plano filosófico ou ideológico, com uso frequente de normas de textura aberta e de normas programáticas, naturalmente prontas às múltiplas fórmulas de concretização legal e material. Constitui-se, assim, um espaço deixado à “vontade da constituição”, que é o empenho dos que vivem sob a sua égide no sentido de lutar pela efetivação dos seus comandos”⁴.

Obviamente, as escolhas políticas que forem sendo tomadas para a sua interpretação e concretização, na medida em que exprimem o dado momento histórico, também poderão redundar em resultados normativos e concretos variáveis. Logo, o grau de eficácia é volátil, mas a normatividade global da constituição permanece.

Evidente, porém, que a desconsideração completa e sistemática dos consensos essenciais que estruturam a ordem jurídica, tais como os valores básicos e os processos de tomada de decisão legítima, enquanto possa sinalizar uma ruptura constitucional, obviamente terá o efeito de afetar a normatividade integral da constituição.

Em segundo lugar, a assunção do caráter normativo pela constituição, juridicizando parte fundamental da realidade política e sendo condicionada por ela, reclama a existência de instâncias próprias de fiscalização da atividade e dos agentes políticos, dos poderes e órgãos constituídos e da vida comunitária em geral, da qual a jurisdição constitucional, nas mais diversas arquiteturas nacionais, é a expressão mais significativa, contando com instrumentos processuais que possam assegurar o respeito às normas constitucionais que devam incidir no processo de tomada de decisão.

4 SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional – teoria, histórica e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: 2017, p. 193.

Logo, a avaliação da normatividade de uma dada constituição, na ótica aqui defendida, passa pela medida da captação da realidade política e jurídica⁵ pela constituição e de sua apresentação como um processo aberto a uma vivência cooperativa e inclusiva. É precisamente essa avaliação que constitui o objetivo deste trabalho, à luz do texto e da vivência constitucional sob a égide da Constituição brasileira de 1988.

1. A CAPTAÇÃO DA REALIDADE PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF88) é a sétima lei fundamental editada na antiga colônia portuguesa de além-mar. Depois da assinatura do Decreto de Independência pela regente Dona Maria Leopoldina, em 2/9/1822, e da proclamação da independência, cinco dias mais tarde, pelo príncipe Dom Pedro I, foi outorgada a Constituição Política do Império do Brasil, em 25/3/1824, que dividia o território em províncias (art. 2); adotava uma monarquia hereditária, constitucional e representativa (art. 3); um estado confessional (católico apostólico romano), com aceitação de outros credos (art. 5); e uma divisão quadripartite dos poderes (art. 10), com a previsão do poder moderador atribuído ao imperador (art. 98). O último artigo da Constituição Imperial (art. 179) se referia aos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, com base na liberdade, na segurança individual e na propriedade, de que são destaques os arts. 179.I a 179.III, nos quais estão previstos que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei”, que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” e que “sua disposição não terá efeitos retroativos”.

Em 1981, inicia-se o período constitucional republicano, após o golpe de Estado político-militar, o qual proclamou a república em 15/11/1889, promulgando a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 24/2/1891, que: transformava em estados, com poderes e competências próprios, as antigas províncias imperiais (art. 2º); garantia a autonomia municipal (art. 68); adotava um regime presidencialista e republicano (arts. 1º e 41); criava um estado laico (art. 11., §2º; e art. 72, §7º), determinando que seria laico também o ensino oferecido nos

5 LIZANA, Eduardo Aldunate. La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. V. XXXII (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009). p. 463.

estabelecimentos públicos (art. 72, §6º); e uma divisão tripartite dos poderes (art. 15), com o uso da fórmula textual “harmônicos e independentes entre si”. O Congresso Nacional era composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (art. 16, §1º), sendo a primeira composta pelos representantes do povo (art. 28), e o segundo, por representantes dos estados (art. 30). No âmbito do Poder Judiciário, atribuía-se ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência de órgão de cúpula do controle de constitucionalidade efetuado pelos juízes ordinários (art. 59). O art. 3º também previa o domínio público da área territorial situada no Planalto Central, onde seria construída a futura capital federal. Por fim, o art. 72 abrigava a declaração de direitos, que passou a proibir as penas de trabalhos forçados, de banimento judicial e, salvo nos casos militares, a pena de morte.

Outro importante destaque na história constitucional brasileira é a Constituição de 1834, influenciada por Weimar, porque constitui o desenlace constitucional do golpe armado de 1930, que pôs fim ao que se chama de “República Velha”, caracterizada pelo controle político, inicialmente de grupos militares e, depois, de grupos oligárquicos regionais, que se alternavam no exercício da Presidência da República. A relevância da Carta de 1934 reside na sua tentativa de concretizar uma democracia social, tal como se revela no seu Título III, onde se prescreve a declaração de direitos, dividida em direitos políticos (arts. 106 a 112) e direitos e garantias individuais (arts. 113 a 114); e nos Títulos IV e V, nomeados, respectivamente, “Da ordem econômica e social” e “Da família, da educação e da cultura”. Foi a primeira a admitir o alistamento eleitoral e o voto obrigatório para homens e mulheres (art. 109), conquanto, a respeito das últimas, apenas quando “exercessem função pública remunerada”.

Contudo, embora todas as constituições tenham naturalmente influenciado a vigente, o destaque a essas três é essencial porque cada uma representa uma mudança profunda nos valores essenciais do povo brasileiro. Esta é a lição de Paulo Bonavides:

quem se propõe a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis a respeito dos valores políticos, jurídicos e ideológicos que impulsionaram a obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século

XIX; a segunda, representando já uma ruptura, ligada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, na qual se percebe, evidentemente, a presença de traços fundamentais relacionados ao constitucionalismo alemão do presente século⁶.

Além dessas experiências históricas, a CF88 é também um produto aberto de filosofias políticas, datas, experiências de outros países, feridas e utopias (nos termos usados por Peter Häberle⁷). Como restou claro nas linhas anteriores, a primeira constituição republicana claramente adotou o modelo de distribuição territorial influenciado pela experiência federalista dos Estados Unidos, ainda que adaptando-a ao contexto prévio unitário e com o claro objetivo de garantir a unidade territorial de um país de dimensões continentais, ideia que foi aperfeiçoada na garantia do pluralismo político na atual constituição, como se revela do regime bastante singular⁸ de ascensão do município como entidade federativa de terceiro nível, prevista no art. 1º da CF88 (“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados e Município e do Distrito Federal...”), dotada de competências próprias políticas, administrativas e financeiras, o que representa uma novidade a respeito do sistema norte-americano ou de outros países federais como a Alemanha e um elemento dificultador a mais no que tange às relações entre os ordenamentos jurídicos.

O preâmbulo da CF88 ressalta o quão expressiva foi a tarefa do constituinte em pronunciar uma norma central de convivência que transmitisse os valores essenciais e as normas de reconhecimento da identidade brasileira e o momento histórico no qual se inseria, preceituando:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção

6 P. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 369.

7 HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. 2ª ed. México: UNAM, 2016.

8 MEIRELLES, H. Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 33-53.

de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Perceba-se que, uma vez mais, identifica-se a interação entre constituintes a partir da fórmula textual “nós, representantes do povo brasileiro”, inspirada na tradicional *we the people of the United States*, presente na Constituição dos Estados Unidos. Ademais, a referência à “proteção de Deus” não significa a opção constitucional por qualquer tipo de credo ou confissão, mas reflete

um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito [juridicamente] na Constituição, já que o Estado brasileiro é laico, consagrando a liberdade de consciência e de crença, certo de que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas⁹.

O art. 1º, parágrafo único, expressa a cláusula habitual de soberania popular (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos direta ou diretamente, nos termos desta Constituição”) inserida desde a Constituição de 1934 (“Art. 2º. Todos os poderes emanam do povo e em seu nome serão exercidos”) nos textos constitucionais nacionais.

São múltiplas as demais expressões culturais da CF88. O art. 3º define os objetivos fundamentais do Estado, entre os quais se destacam “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, que também se apresentam como utopias concretas, ao lado, por exemplo, da cláusula geral dos direitos sociais (art. 6º) e de alguns de seus desdobramentos, como o art. 7º, IV. O primeiro, reformado já duas vezes para nele se inserirem os direitos à moradia e ao transporte (esse último, depois dos protestos que dominaram o país em 2013 por força das reivindicações de melhorias na mobilidade urbana), enquanto o art. 7º, IV, representa um exemplo efusivo de omissão inconstitucional provocada pela realidade socioeconômica, ao determinar: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às

9 STF, ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003.

de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo...”.

Estudo promovido pelo *Institute of Economic and Social Research – WSI*¹⁰, com dados até 2018, a respeito do poder de compra do salário mínimo, na hora de fazer a conversão da moeda, constatou que, entre os 37 países pesquisados, o salário mínimo brasileiro é de €1,67, bastante mais reduzido que o do país mais bem colocado, Austrália (€9,47), ou que os de economias emergentes da Europa Oriental, como a Eslovênia (€5,96) e a Polônia (€5,28), muito embora tenha o salário mínimo brasileiro estado em constante evolução ano após ano desde 2002.

O art. 12 da CF88 prevê as hipóteses de definição da nacionalidade brasileira, originária e derivada, atento às particularidades históricas de que o país foi construído graças às imigrações africana e europeia, depois asiática, e que, também, por força de razões econômicas e históricas que facilitaram a emigração, deve ser garantida a nacionalidade originária aos estrangeiros filhos de mãe ou pai brasileiros que optarem por ela após a sua maioridade (art. 12, I, “c”). Também se prevê o tratamento especial conferido aos portugueses residentes no país (art. 12, §1º, CF88) a respeito de seus direitos civis e políticos, tal qual já cuidados no Estatuto da Igualdade (Decreto Federal nº 70.391/1972).

No art. 18, §1º, está expresso: “Brasília é a Capital Federal”, a qual foi finalmente construída no Planalto Central brasileiro e inaugurada pelo ex-presidente Juscelino Kubitschek (1956-1961) em 1960, cumprindo a promessa constitucional que já se fazia desde o art. 3º da Constituição de 1891, de promover a mudança da capital do Rio de Janeiro para aquela região, posteriormente demarcada pelo engenheiro Luiz Cruls no segundo governo republicano, de Floriano Peixoto (1891-1894).

Outra norma de reconhecimento cultural é a prevista no art. 13, na qual se estabelecem os símbolos nacionais (“a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais”) e se afirma que a “língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”, situação essa que singulariza o país no contexto ibero-americano, além de facultar às outras instâncias federativas (estados, Distrito Federal e municípios) a pertença de símbolos próprios.

10 INSTITUTE OF ECONOMIC AND SOCIAL RESEARCH. **WSI Minimum Wage Database Version: January 2018**. Disponível em: https://www.boeckler.de/pdf/ta_mwdb_v0118.pdf. Acesso em: 22.06.2019.

Um campo adicional de compreensão da realidade entre cultura e constituição é o chamado “direito constitucional da cultura”¹¹, isto é, as normas constitucionais que abordam assuntos culturais, particularmente notáveis na Constituição brasileira de 1988, como observou P. Häberle, ao reconhecer que esta

formula uma cláusula de proteção em relação com as ‘manifestações das culturas popular, indígenas e afro-brasileiras, assim como com as dos demais grupos que participam no processo civilizatório brasileiro’ (art. 215.1). O ‘patrimônio cultural brasileiro’ é protegido de maneira muito detalhada (art. 216): desde as ‘formas de expressão’, passando pelas formas de criar, fazer e viver, até ‘outros espaços destinados às manifestações artísticas e culturais’. O último pode ver-se facilmente como contribuição à controvérsia em torno do conceito de arte e de cultura¹².

Deve-se acrescentar, ainda, que pela primeira vez uma constituição nacional dedica um capítulo à questão indígena (arts. 231 e 232), com a explícita finalidade pluralista de garantir seu livre desenvolvimento e abandonando as perspectivas políticas integracionistas que se perfilavam no regime anterior, orientado pelo Estatuto do Índio. Semelhantemente, embora com abrangência mais limitada, previu-se a proteção de terras em favor das comunidades remanescentes de quilombolas (art. 68, ADCT).

Outros aspectos que merecem referência são a previsão de benefícios em favor de trabalhadores na Segunda Guerra Mundial, sejam ex-combatentes (art. 53, ADCT), sejam os chamados “soldados da borracha” (art. 54, ADCT), que serviram à indústria bélica nas inóspitas atividades de extração de borracha na região amazônica, assim como também em favor dos anistiados políticos do período de ditadura militar brasileira (1964-1988) e que compõem um importante referencial histórico-cultural da Constituição de 1988.

2. O AMPLO CONTEÚDO NORMATIVO PLURALISTA E SUAS GARANTIAS JUDICIAIS

11 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. op. cit. pp. 216-228.

12 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. op. cit. p. 220.

Pode-se, ainda, verificar que a CF88 adota os conceitos-chave do Estado Constitucional de Direito e um modelo de constituição normativa.

Com efeito, o modo de organização social em torno do direito e a segurança jurídica são conceitos plasmados desde a primeira constituição histórica (1824), assumidos já no preâmbulo da atual Constituição, que também consagra a soberania popular (art. 1º, I) como fundamento do Estado. Já o pluralismo social, além da fórmula genérica do preâmbulo, reflete-se em um dos fundamentos do Estado, a saber, o pluralismo político do art. 1º, V, CF88, e no intento de conciliar “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, presente no art. 1º, IV, CF e, ainda, no pluralismo de ideias e concepções pedagógicas como princípio educativo (art. 206, III, CF88).

Ao mesmo tempo, a forma de Estado federal assegura a pluralidade de ordenamentos jurídicos por meio da atribuição de competências de autoconstituição política, administrativa e normativa em favor dos Estados federais, “observados os princípios desta Constituição” (art. 25, CF88); e de competências políticas, administrativas e normativas em favor dos municípios, “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado” (art. 29, CF88).

Uma breve análise sobre o conteúdo da CF88 permite concluir que não se trata apenas de uma constituição político-organizativa, mas de verdadeira ordem fundamental e global da sociedade e do Estado, ao dispor sobre normas básicas de organização do Estado federal (arts. 18 a 43); de organização dos poderes legislativos (arts. 44-69); do Tribunal de Contas (arts. 70-75); do Poder Executivo (arts. 76-91); do Poder Judiciário (arts. 92-126); do Ministério Público (arts. 127-130-A); e da defesa do Estado (arts. 136-144), mas também sobre normas de tributação e orçamento geral (arts. 145-169); da ordem econômica e financeira (arts. 170-192); e da ordem social (arts. 193-232), na qual se inserem normas sobre seguridade social (arts. 194-202), saúde pública (arts. 196-200), educação (arts. 205-214), cultura (arts. 215-216-A), esporte (art. 217), ciência, tecnologia e inovação (arts. 218-219-B), comunicação social (arts. 220-224), meio ambiente (art. 225), família, criança, adolescente, jovens e idosos (arts. 226-230) e indígenas (arts. 231-232).

Além desse amplo conteúdo normativo, a CF88 consagra o ponto de evolução que destaca o protagonismo da jurisdição constitucional, combinando um modelo de

controle jurisdicional difuso, de inspiração norte-americana (e que já estava previsto desde o Decreto Federal nº 848/1890¹³, prévio à primeira Constituição republicana), com o modelo austríaco de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”), com respeito às normas paramétricas da Constituição Federal ou aos Tribunais de Justiça estaduais (art. 125, §2º) em relação às normas paramétricas previstas nas respectivas constituições. A atuação do STF tem proporcionado avanços inegáveis na proteção de direitos fundamentais, como em matéria eleitoral (ADI 3999¹⁴), liberdade reprodutiva (ADPF 54¹⁵), direitos indígenas (PET 3388¹⁶), direito à saúde pública (RE 855178¹⁷), ou direitos LGBTQ+ (ADPF 132¹⁸). Recentemente, adotou inegável postura ativista ao reconhecer a omissão inconstitucional do Congresso Nacional para editar a lei de combate à homofobia e à transfobia, determinando, em consequência, até a edição da norma pelo Parlamento, que se aplique a lei criminal de racismo àquelas condutas (ADO 26¹⁹).

A propósito do controle de constitucionalidade, são relevantes algumas informações adicionais. Em primeiro lugar, a CF88 é rígida, porque o processo legislativo de sua reforma é mais complexo que o das leis infraconstitucionais, exigindo uma iniciativa legislativa reservada, quórum qualificado (3/5 dos membros) e duas votações em cada casa legislativa (art. 60, CF88). Ademais, está proibido o trâmite de projetos de emenda nos estados de exceção (art. 60, §1º, CF88) e estão previstas cláusulas pétreas ou de eternidade, a saber, a forma federativa; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais. Em segundo lugar, a rigidez constitucional é expressão formal do princípio estruturante de hierarquia, o que obviamente impacta o sistema de fontes do direito. Em terceiro lugar, a CF88 prevê três ferramentas coordenadas para os casos

13 Decreto Federal nº 848, que organiza a Justiça Federal, de 11 de outubro de 1890 (CLBR de 1890).

14 STF, ADI 3999, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009.

15 STF, ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080.

16 STF, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120.

17 STF, RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050.

18 STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198.

19 STF, ADO 26/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.2019. Pendente de publicação.

de inconstitucionalidade de uma norma: 1º) a declaração de inconstitucionalidade de uma norma por via das ações concentradas reconhece sua invalidade congênita, afetando-lhe a validade e com capacidade para reintroduzir a norma anterior que tenha sido revogada²⁰. Essa decisão também é dotada de efeitos gerais e vinculantes aos demais órgãos judiciais e à administração pública (art. 102, §2º, CF88); 2º) a declaração de inconstitucionalidade de uma norma efetuada pela via das ações difusas, como regra geral, e mesmo quando decidida pelo Supremo Tribunal Federal, apenas gera efeitos intra partes e não fulmina a validade e a eficácia da norma declarada inconstitucional, exceto quando assim o declare o Senado Federal (art. 52, X, CF88); 3º) a declaração de inconstitucionalidade de uma norma efetuada pela via das ações difusas pode ter caráter geral, mas vinculante apenas aos juízes e tribunais, quando houver sido editada sobre a matéria uma “súmula vinculante” pelo STF (art. 103-A, CF88), ou quando o tema tiver sido submetido aos procedimentos processuais de formação de precedentes obrigatórios (art. 927, do atual Código de Processo Civil), inovação inserida no sistema processual desde 2015, a qual, porém, não afeta nem a validade nem a eficácia geral das normas.

Por outro lado, a CF88 prevê também um conjunto de garantias judiciais capazes de fazer valer a constituição, de modo abstrato ou concreto. Com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição (“Art. 5º, XXXI. A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”), assemelhado ao princípio da tutela efetiva do direito espanhol, estão previstos o mandado de segurança (“Art. 5º, LXIX. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger 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”); o habeas data (art. 5º, LXXII), para assegurar o acesso e a correção de informações e de dados pessoais constantes de banco de dados públicos; a ação popular, destinada à impugnação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); além das garantias destinadas a colmatar as omissões inconstitucionais, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §3º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), acionável quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

20 STF, AI 602277 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050.

Importante destacar, ainda, que a constituição confere legitimidade a grupos intermediários, como partidos políticos, associações e sindicatos, para impulsionar aquelas garantias judiciais em defesa de direitos próprios ou de titularidade difusa ou coletiva, como são os casos do *mandado de segurança* (art. 5º, LXX, CF88) e do *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI), além da ampla legitimidade para ativar a via do controle de constitucionalidade perante o STF (art. 102, CF88), contexto normativo que sem sombra de dúvidas valoriza os grupos que integram o espaço público do Estado constitucional.

Destarte, é inequívoco que a Constituição Federal de 1988 tem um robusto perfil normativo, devido ao seu amplo conteúdo pluralista e ao vigoroso conjunto de garantias judiciais que permitem a defesa de suas normas. Ainda assim, como se expôs na parte introdutória, a normatividade de uma constituição também é avaliada com base na realidade político-constitucional reveladora da canalização dos conflitos sociais, políticos e territoriais.

3. O RASTRO DE NORMATIVIDADE DEIXADO PELA VIVÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não se pode ignorar a herança colonial e rural presente nas raízes culturais do país, das quais brotam problemas institucionais ainda atuais resultantes das oligarquias, do caudilhismo, do patriarcalismo e do patrimonialismo estatal. Sobre isso, o historiador Sérgio Buarque de Holanda, ainda nos anos trinta do século XX (em sua primeira edição), já advertia:

No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo de família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização (...) iria acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos até hoje em dia. Não era fácil aos detentores de posições públicas de responsabilidade, formados por aquele ambiente, compreender a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público²¹.

21 HOLANDA, S. Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 175.

Analisando um dos aspectos do personalismo que rege as relações privadas e públicas no solo brasileiro e neste denominado “jeitinho brasileiro”, conclui Keith S. Rosenn que

vários problemas criados pelos componentes corrompidos do *jeito* são óbvios. Os recursos são mal alocados, já que o critério é a ganância privada. Os contratos de construção são mais custosos, diante do seu preço final e da qualidade inferior do produto entregue. Muitos conflitos e injustiças sociais advêm da permissão a empresas e indivíduos que evitam o cumprimento da lei mediante subornos ou uso de conexões familiares²². (trad. nossa)

Essas particularidades culturais, sem dúvida, afetam os âmbitos pluralistas da comunidade política do Estado constitucional brasileiro, no particular, a rigidez do espaço estatal e as dimensões espacial e substantiva do espaço público, o que pode se observar, por exemplo, na acentuada concentração de concessões de televisão e rádio ou no pluripartidarismo persistente e disfuncional.

Com efeito, pesquisa realizada pelas ONGs *Reporters Without Borders* (RSF) e *Intervozes*²³ detectou que, em 2017, cinco famílias controlavam 50% dos principais veículos de imprensa do país. Da legislatura passada (2015-2018), 40 (quarenta) deputados e senadores estavam vinculados a redes de comunicação (televisão e/ou rádio), segundo notícia do *Observatorio do Direito à Comunicação*, dirigido por *Intervozes*²⁴.

Por outro lado, dados oficiais do Tribunal Superior Eleitoral²⁵, referentes ao ano de 2019, indicam que o país conta com 33 (trinta e três) partidos políticos já registrados e 73 (setenta e três) estavam em processo de formação, situação que

22 ROSENN, K. S. Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited. *Florida International Law Journal*. vol. 1, num. 01, 1984, p. 37.

23 MEDIA OWNERSHIP MONITOR BRASIL. Quem controla a mídia no Brasil?. Disponível em: <https://brazil.mom-rsf.org/fileadmin/rogmom/output/brazil.mom-rsf.org/brazil.mom-rsf.org-pt.pdf>. Acesso em: 22.06.2019.

24 OBSERVATÓRIO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO. Raio X da ilegalidade: políticos donos da mídia no Brasil. Disponível em: <http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=29753>. Acesso em: 22.06.2019.

25 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Partidos políticos registrados no TSE. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 22.06.2019.

em parte pode ajudar a explicar o porquê de, nas últimas eleições presidenciais, o eleito ter obtido aproximadamente 57 (cinquenta e sete) milhões de votos, contra 43 (quarenta e três) milhões de cidadãos que se abstiveram ou apresentaram votos não válidos (brancos ou nulos)²⁶.

De todo modo, conquanto seja clara a necessidade de avanço e aperfeiçoamento da comunidade política e de seus espaços pluralistas, alguns outros dados reforçam a impressão de que a CF88 é normativa.

Aprovada em 5/10/1988, é a segunda lei constitucional com maior tempo de vigência no período republicano, ressaltando-se que a Constituição de 1891 (a mais longeva) não se assentava numa democracia social constitucional. Desde a sua edição, a CF88 vem canalizando os conflitos políticos, econômicos e sociais e, por vezes, se adaptou ou se reformou com vistas à sua modernização.

A esse respeito, o primeiro presidente da República desse período democrático foi empossado após a morte do presidente eleito, Tancredo Neves, cumprindo com o mister de transição para a democracia e completando o seu mandato. Dois presidentes eleitos posteriormente resultaram impedidos por crimes de responsabilidade política (impeachment), procedimento constitucional excepcional, mas previsto no art. 86 da CF88, tendo-lhes sucedido seus respectivos vice-presidentes, conforme o art. 79 da CF88. Das recentes investigações e processos penais em curso na Justiça brasileira (amplamente conhecidos) – e independentemente da análise dos seus desfechos –, temos como resultado que, além dos dois presidentes que sofreram impedimento (Fernando Collor e Dilma Rousseff), três já foram investigados ou denunciados por condutas criminais (José Sarney, Fernando Collor e Dilma Rousseff), um já foi condenado (condenações recentemente anuladas) e preso (Luiz Inácio Lula da Silva), e outro já foi preso cautelarmente (Michel Temer). O atual, Jair Bolsonaro, foi beneficiado pela suspensão de duas ações penais por fatos anteriores ao mandato, já que o art. 86, §4º, da CF88 o impõe (“O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”), e atualmente é investigado em inquéritos no TSE e no STF, já por fatos posteriores ao início do mandato.

Esses dados, conquanto graves, demonstram que diferentemente de períodos históricos turbulentos do século passado, nos quais os conflitos políticos davam

26 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Repositório de dados eleitorais. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais-1/repositorio-de-dados-eleitorais>. Acesso em: 22.06.2019.

lugar à ruptura no sistema constitucional (1930 e 1937), ou no sistema de governo (1961), ou até a suicídio de chefe de governo (1954) ou a tentativa de golpes ou revoluções (1930, 1932, 1937, 1945, 1955 e 1964), o atual período democrático é de relativa normalidade institucional, canalizada por instrumentos constitucionais, mesmo que reste patente a necessidade de aperfeiçoá-los no sentido de melhorar a qualidade do sistema constitucional (e eleitoral) e de suas instituições.

Por outro lado, o relatório apresentado pela Missão de Observação Eleitoral da OEA a respeito das últimas eleições gerais no país ressaltou a solidez do processo eleitoral, a segurança da tecnologia de votação e a independência do Tribunal Superior Eleitoral na condução dos trabalhos, ressaltando, porém, alguns novos-velhos problemas, como a extrema polarização, o uso massivo das mídias sociais e a sub-representação política feminina, de afrodescendentes e indígenas²⁷.

No tocante à abertura para o futuro proporcionada pela CF88 e ao seu intento de adaptação e modificação social em áreas referentes a direitos de segunda geração, alguns dados econômicos e sociais são um bom exemplo indicativo de sua normatividade.

A análise do índice de desenvolvimento humano (IDH), editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), evidencia uma constante melhoria nos indicadores socioeconômicos nacionais, passando de 0,429 em 1991 a 0,727 em 2010, e aos atuais (dados de 2018) 0,759, e renda per capita de R\$ 1.268,00²⁸. Já o relatório da OCDE de 2018²⁹ sobre os dados econômicos do Brasil apontam para o “forte crescimento combinado com admirável progresso social” nas últimas duas décadas, embora também demonstre que as atividades estatais se mantiveram preferenciais, ineficientes e custosas, a exigir, então, uma reforma estrutural no Estado, para além de seus aspectos legais.

27 OEA. Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos (Informe Preliminar MOE). Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Preliminar-MOE-Brasil-2a-Vuelta.pdf>. Acesso em: 23.06.2018.

28 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Reports. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/BRA>. Acesso em 24.06.2018.

29 OECD. Relatórios Econômicos OCDE: Brasil. Disponível em: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>. Acesso em 24.06.2018.

O último *Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional en América Latina y el Caribe*³⁰, divulgado pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, confirma que o Brasil é um país referencial nas políticas públicas de combate à fome, com uma proporção de pessoas subalimentadas inferior a 2,5%, ao lado de Cuba e Uruguai, em contraste com o atual percentual de 11% da população global.

Recente relatório publicado pelo *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (IBGE), com base na *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*³¹ indica um avanço nos indicadores de analfabetismo entre a população de até 15 (quinze) anos, saltando de 25,9% em 1980 a 13,6% em 2000, e, em 2018, para 6,8%.

Sob outro aspecto, desde a sua publicação, a Constituição de 1988 já passou por 110 (cento e dez) emendas de reforma e 6 (seis) emendas de revisão (estas em 1994, por previsão do art. 3º, ADCT), nas quais se pode destacar a tentativa constante de atualizar um texto consolidado ainda no período bipolar da Guerra Fria, originalmente dotado de forte conteúdo fundamentalista em matéria econômica e de um complexo sistema orçamentário e tributário. As necessidades de reforma neoliberais foram todas conduzidas mediante a alteração formal do texto constitucional, é dizer, através de forte diálogo entre os órgãos constituídos (com a ativação da jurisdição constitucional) e a sociedade civil. Inclusive, e por força da crise econômica pela qual passa o Brasil desde 2014, atualmente continuam sendo travados novos debates legislativos e realizadas reformas constitucionais no sistema tributário e nos gastos públicos, além de mudanças no arranjo federativo, com novas reformas administrativas no âmbito federal e nos estados.

Por fim, uma breve análise sobre o sistema de fontes do direito montado pela Constituição de 1988 revela a sua posição central e superior no ordenamento jurídico, além de pôr a descoberto um arranjo que preserva a sua característica de processo aberto a uma vivência cooperativa e inclusiva.

Em âmbito federal, o art. 59 da CF88 prevê tipos de normas primárias em cujo processo de formação participa o Poder legislativo e que, em vista da constituição, se

30 FAO. Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, *Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe*. Disponível em: <http://www.fao.org/americas/publicaciones-audio-video/panorama/2017/es/>. Acesso em: 22.06.2019.

31 IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, PNAD Contínua Educação 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf. Acesso em: 22.06.2019.

organizam de forma hierárquica: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Mas entre estes, com exceção da situação da emenda constitucional, não existe relação hierárquica, mas competencial. As resoluções e os decretos legislativos são atos normativos de competência privativa das casas do Congresso Nacional, como aquelas previstas nos arts. 51 e 52 da CF88 ou nas hipóteses previstas expressamente pela Constituição, a exemplo da fixação de alíquotas de tributos (art. 155, §2º, IV e V, CF88).

Já o art. 59 da CF88 não esgota os tipos de fontes normativas abrigadas na Constituição, bem porque o modelo federativo assegura a pluralidade de ordenamentos em favor de estados e municípios, bem porque existem outras normas habilitantes sobre produção jurídica espalhadas no texto constitucional.

Os estados-membros dispõem de capacidade de auto-organização através da adoção de sua própria Constituição estadual (art. 25 da CF88), cujo poder constituinte estadual foi autorizado pelo art. 11 do ADCT, e, de forma parecida, mas sem reconhecer poder constituinte aos municípios, a CF88 atribui competências políticas, administrativas e normativas em favor deles, “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado” (art. 29 da CF88), prevendo-se, no art. 11, p. único, do ADCT que “Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

Perceba-se que tanto o art. 25 da CF88 como o art. 11 do ADCT impõem a observância dos princípios da Constituição Federal pelas leis estaduais e pelas leis orgânicas municipais, estruturando-as de forma hierárquica, o que provoca uma intensa e constante atividade de controle de constitucionalidade de normas locais (estaduais) pelo STF voltada à definição de quais são aqueles princípios e, como a Corte não enuncia standards gerais, decidindo individualmente as demandas, coube a doutrina agrupar as hipóteses em três tipos de princípios, a saber, princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis³².

32 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p. 613.

A lição do Prof. J. A. Silva³³ realça como princípios sensíveis aqueles que permitem a intervenção da União Federal nos Estados (art. 34, VII, CF88), tais como a forma republicana, o sistema representativo, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal etc. Já princípios estabelecidos são as restrições expressas impostas na CF88 para estados e municípios, tais como as presentes no art. 27 sobre o número de deputados estaduais nas Assembleias estaduais ou no art. 29, IV, da CF88 sobre o número de vereadores nas Câmaras municipais. Por último, princípios extensíveis são aquelas normas organizativas federais que, devido à sua essencialidade, são aplicáveis ainda que não existisse norma estadual impositiva, como é o caso das normas sobre processo legislativo³⁴.

Por último, saliente-se que a Constituição Federal também prevê as normas sobre produção jurídica de tratados internacionais, ordinários e sobre direitos humanos, com seus respectivos impactos no sistema de fontes (arts. 84, VIII, 49, I e art. 5º, §§2º e 3º, CF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira de 1988 tem um inegável perfil normativo, uma vez que é idealizada e vivida como parte interna reguladora do processo político e essa característica é revelada pelo exame do seu texto, pelo funcionamento dos poderes e dos órgãos constituídos e pela convivência da comunidade em geral.

Note-se que a CF88 está inserida no contexto da experiência constitucional nacional desde a primeira constituição histórica, e, ainda, adota uma soma de filosofias e ideologias diversas, além de experiências constitucionais externas, o que denota sua ampla vocação pluralista.

Seu texto contém expressões e sinais da cultura nacional e, ainda, abriga e protege elementos representativos dessa cultura. Além do mais, possui um abrangente conteúdo, regulando matérias que transcendem a simples função político-organizativa.

Por outro lado, são múltiplos os instrumentos de ativação da jurisdição constitucional e, no plano do sistema de fontes do direito, a CF88 estabelece um

33 SILVA, José Afonso da. op. cit.

34 STF, ADI 486, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1997, DJ 10-11-2006.

sistema jurídico bastante completo, que combina princípios estruturantes diversos entre as várias fontes e ordenamentos que convivem no mesmo território.

REFERÊNCIAS

FAO. **Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe**. Disponível em: <http://www.fao.org/americas/publicaciones-audio-video/panorama/2017/es/>. Acesso em: 22.06.2019.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

HOLANDA, S. Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, PNAD Contínua Educação 2018**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf. Acesso em: 22.06.2019.

INSTITUTE OF ECONOMIC AND SOCIAL RESEARCH. **WSI Minimum Wage Database Version: January 2018**. Disponível em: https://www.boeckler.de/pdf/ta_mwdb_v0118.pdf. Acesso em: 22.06.2019.

LIZANA, Eduardo Aldunate. La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. V. XXXII (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009).

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución** (trad. Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona: Ed. Ariel, 2018.

MEDIA OWNERSHIP MONITOR BRASIL. **Quem controla a mídia no Brasil?**. Disponível em: <https://brazil.mom-rsf.org/fileadmin/rogmom/output/brazil.mom-rsf.org/brazil.mom-rsf.org-pt.pdf>. Acesso em: 22.06.2019.

MEIRELLES, H. Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OBSERVATÓRIO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO. **Raio X da ilegalidade: políticos donos da mídia no Brasil**. Disponível em: <http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=29753>. Acesso em: 22.06.2019.

OEA. **Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos** (Informe Preliminar MOE). Disponível em: <http://www.oas.org/>

documents/spa/press/Informe-Preliminar-MOE-Brasil-2a-Vuelta.pdf. Acesso em: 23.06.2018.

OECD. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>. Acesso em 24.06.2018.

P. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2017.

ROSENN, K. S. Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited. **Florida International Law Journal**. vol. 1, num. 01, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: CEPC, 1985.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional – teoria, histórica e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: 2017.

STF, ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003.

STF, ADI 3999, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009.

STF, ADI 486, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1997, DJ 10-11-2006.

STF, ADO 26/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.2019. Pendente de publicação.

STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198.

STF, ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080.

STF, AI 602277 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050.

STF, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120.

STF, RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Partidos políticos registrados no TSE.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 22.06.2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Repositório de dados eleitorais.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais-1/repositorio-de-dados-eleitorais>. Acesso em: 22.06.2019.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Reports.** Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/BRA>. Acesso em 24.06.2018.

A PROTEÇÃO DO IDOSO NO MERCADO DE CONSUMO DE CRÉDITO PESSOAL CONSIGNADO

THE PROTECTION OF THE ELDERLY IN THE CONSUMER MARKET OF PERSONAL PAYROLL CREDIT

Ethel Francisco Ribeiro

Juíza Federal na Seção Judiciária de Pernambuco
Especialista em Direitos Fundamentais e Tutela Coletiva
pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande
do Norte
Mestre em Historicidade dos Direitos Fundamentais na
Faculdade Damas de Pernambuco

RESUMO: O presente artigo analisa o tratamento jurídico direcionado aos idosos consumidores de crédito pessoal consignado. Examinaram-se as normas relacionadas ao tema em paralelo com os abusos comerciais mais comuns nessa forma de contratação, para, com isso, refletir se as normas vigentes têm sido suficientes e efetivas para a proteção do consumidor idoso.

ABSTRACT: *This paper analyses the legal treatment granted to elderly consumers of personal payroll-deductible loans. The rules related to this theme were examined in parallel to the most usual commercial abuses in these kind of deals, so, with that in mind, It reflects if current regulations have been enough and effective to protect elderly consumers.*

INTRODUÇÃO

A Justiça Federal e a Estadual vêm vivenciando aumento progressivo de ações envolvendo empréstimos consignados de idosos. Os meios de comunicação também têm divulgado, com maior frequência, fraudes relacionadas a esse tipo de contrato.

Com o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, os idosos se tornaram uma grande fatia do mercado de consumo e os fornecedores voltam seus esforços para seduzir esse novo público que, por possuir renda certa, gera maior segurança no adimplemento das obrigações contratuais.

Ocorre que esse novo público tem características próprias, com maior vulnerabilidade, sendo necessário avaliar se as atividades comerciais voltadas à captação desse público são adequadas e se a legislação e os órgãos administrativos têm conseguido proteger, de forma eficaz, esse grupo vulnerável.

Para tanto, precisamos primeiro entender a magnitude desse público (idosos) no mercado de consumo, suas características diferenciadas e a proteção jurídica concedida pelo direito do consumidor.

1. ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Uma das maiores conquistas da sociedade é o aumento da expectativa de vida, decorrente, dentre outros motivos, da melhoria das condições socioeconômicas da população e de avanços científicos na área da saúde.

A expectativa de vida dos idosos no Brasil, em 2019, era de 73,1 anos para homens e de 80,1 anos para as mulheres. Estudos do IBGE¹ indicam que os idosos tiveram um acréscimo de 8,3 anos em sua expectativa de vida, conforme estudo comparativo entre os anos de 1940 e 2019:

Em 1940, um indivíduo, ao atingir 65 anos, esperaria viver em média mais 10,6 anos, sendo que, no caso dos homens, seriam 9,3 anos, e das mulheres, 11,5 anos. Já em 2019, esses valores passaram a ser de 18,9 anos para ambos os sexos, 17,2 anos para

1 Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos#:~:text=Uma%20pessoa%20nascida%20no%20Brasil,9%20para%2080%2C1%20anos>. Acesso em 14.08.2021.

homens (7,9 anos a mais) e 20,4 anos para as mulheres (8,9 anos a mais).

O IBGE também constatou, por meio de sua pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua (PNAD Contínua), o crescimento proporcional dos idosos² na população. Em 2012, eles eram 8,8% da população, e, em 2019, 10,8%. Já o grupo de pessoas na faixa etária de até 30 anos, por outro lado, vem sofrendo decréscimo populacional; em 2012, representava 47,7% da população, e, em 2019, passou a representar 42,3%.³

A pirâmide etária brasileira vem se alargando nas maiores faixas de idade e a projeção do IBGE é que, em 2060, o percentual populacional dos idosos atingirá um quarto ($\frac{1}{4}$) da população (25,5%). Já os mais jovens (0 a 14 anos) sofrerão decréscimo e representarão apenas 14,7% da população em 2060. A previsão é que em 2060 teremos mais idosos do que crianças.

A expectativa, portanto, é de um grande percentual populacional de idosos em um futuro próximo, sendo premente o aprimoramento de políticas públicas voltadas ao referido público.

Essa alteração da pirâmide populacional ocasionará a manutenção de pessoas, agora idosas, dentro do mercado de consumo e, mais que isso, elas se tornarão, proporcionalmente, um dos maiores grupos consumidores, grupo esse com características próprias, já que os idosos são a faixa populacional com menor média de anos de estudo⁴ e, apesar de muitos possuírem rendimento fixo (aposentadoria/pensão), o valor recebido é baixo.

Os idosos, portanto, merecem atenção, tratamento legal e social específico, por se tratar de um grupo reconhecidamente vulnerável.

Sabe-se que o envelhecimento vem, na maioria das vezes, seguido de mudanças cognitivas, com declínio da compreensão e das habilidades. Esse declínio da capacidade cognitiva nos idosos decorre de um processo fisiológico normal dentro

2 Utilizado na pesquisa o parâmetro de 65 anos

3 Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em 14.08.2021

4 Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em 14.08.2021

do envelhecimento. Essa alteração inata ao ser humano (quando idoso) não deve, entretanto, obstar a sua vivência em sociedade e o usufruto de seus direitos.

O envelhecimento é um fenômeno mundial, e o Brasil encontra-se em processo menos avançado do que países europeus e asiáticos, o que não ocasiona menor preocupação, mas proporciona a realização de adaptações necessárias de forma bem estudada.

O tema do envelhecimento já foi alvo de duas assembleias gerais específicas da ONU. A primeira ocorreu em 1982, e a segunda, em 2002. Nessa última, houve a edição de um plano de ação internacional sobre o envelhecimento.

O plano de ação reconhece a diminuição da capacidade da pessoa com o advento da idade, e que a referida situação pode ser agravada com a adoção de estereótipos negativos que depreciem a capacidade do idoso. O plano também indica a necessidade de implantação de políticas sociais que permitam aos idosos tornarem efetivas todas as suas possibilidades.⁵

É importante analisar se essa evolução etária na proporção populacional está sendo acompanhada por mudanças no sistema de defesa do consumidor.

2. MICROSSISTEMA JURÍDICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor tem ancoragem constitucional no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, que determinou ao Congresso Nacional a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC somente foi editado em setembro de 1990 e veio concretizar o desejo constitucional de proteção ao consumidor.

No código consumerista, existem conteúdos de direito privado e de direito público, formando um subsistema protetivo com normas e princípios próprios que regulam e norteiam as relações de consumo.

Como explica Cláudia Lima Marques, o direito do consumidor consiste em uma “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger

⁵ Disponível em http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf Acesso em 18.8.2021

um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor” (MARQUES, 2010, p. 29).

Esse conjunto de regras passou a se denominar como um microssistema e reflete a tendência de legislar tendo como foco o problema posto (consumo) sem se vincular a categorias, historicamente estanques, do direito público e do direito privado (NETTO, 2017).

Contudo, o fato de se tratar de um microssistema não impede o diálogo das fontes, podendo o consumidor ser protegido não somente por normas constantes do CDC, como também por normas diversas, que se entrelaçam para ampliar a proteção. Essa interação normativa se faz ainda mais presente com o advento do novo Código Civil, com forte aproximação de princípios, em especial no que se refere à teoria geral dos contratos.

Além da interação com o Código Civil, podemos destacar a inter-relação com o microssistema jurídico do estatuto do idoso, ampliando a proteção do consumidor-idoso.

2.1. Vulnerabilidade e hipervulnerabilidade do idoso

As relações de consumo possuem, de forma patente, desequilíbrio de força entre as partes, em especial na sociedade atual de consumo de massa. Dessa forma, não há como se pensar em proteção ao consumidor sem partir do pressuposto de desequilíbrio e inferioridade deste diante do fornecedor.

A vulnerabilidade, portanto, dentro do sistema protetivo do CDC, é uma presunção legal absoluta. Essa presunção tem efeito em diversas esferas relacionadas ao consumo. Ela impõe sempre um tratamento diferenciado da relação entre consumidor e fornecedor.

Não há como, especialmente na fase atual do consumo, com as imensas transformações pelas quais passaram as relações jurídicas e empresariais, se pensar em proteção e defesa do consumidor sem colocá-lo nessa posição de inferioridade perante os fornecedores (PINTO, 2016).

Para Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009,125), o conceito de *vulnerabilidade*, sob enfoque jurídico, é:

o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes da mesma relação.

O reconhecimento da vulnerabilidade em um microssistema jurídico busca justamente municiar a parte mais vulnerável de mecanismos que visem reequilibrar a relação jurídica entre as partes, para que, assim, possa ser realizada dentro de um critério de igualdade material.

A vulnerabilidade é derivada do princípio da igualdade e busca, através do tratamento isonômico, produzir igualdade material onde originariamente existe desigualdade (REIS, 2015).

Para que a igualdade material ocorra, é necessário que o sistema reconheça, primeiramente, a vulnerabilidade e, a partir disso, passe a criar normas específicas que contemplem os mais vulneráveis e saiba distinguir, inclusive, subgrupos ainda mais fragilizados. Essa é a situação do idoso na relação de consumo.

A legislação consumerista já reconhece, desde a sua publicação, uma maior vulnerabilidade do idoso e já prevê proteções diante de condutas abusivas:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), publicado após o CDC, veio para ratificar a fragilidade do idoso considerando a necessidade de sua maior proteção, prevendo expressamente a proteção integral desse grupo vulnerável:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua

saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O idoso, no âmbito da relação de consumo, é duplamente vulnerável: por ser idoso e por ser consumidor. Essa constatação gerou o enquadramento do grupo ao que se denominou de hipervulnerável, que, nas palavras de Claudia Lima MARQUES (2016, p. 364-365), seria a

situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês, nomes e marcas de salgadinhos ou da publicidade para criança) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo como Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos).

Essa vulnerabilidade exacerbada deve ter o apoio de uma legislação mais protetiva para que haja um equilíbrio entre o consumidor idoso e o fornecedor, buscando compensar as diferenças, sem excluir nem vitimizar esse público (MARQUES, 2016, p. 112-113).

A legislação, as medidas administrativas e as atitudes de todos os que atuam no mercado de consumo devem sempre reconhecer a fragilidade do idoso consumidor e atuar para que haja uma relação de consumo equilibrada, com normas e condutas que ofereçam efetiva proteção a esse grupo mais vulnerável.

3. DA OFERTA DO CRÉDITO AO CONSUMIDOR IDOSO

O crédito pessoal, também denominado de empréstimo pessoal, é a espécie de contrato de crédito em que a instituição financeira entrega determinado valor em

dinheiro ao tomador (consumidor) para devolução posterior, com acréscimo de juros e outros encargos dentro de um período determinado (TADDEI, 2021).

Os idosos são público-alvo preferencial de instituições financeiras que atuam no ramo de empréstimo pessoal. Como, em sua grande maioria, recebem benefícios previdenciários, o foco maior das instituições financeiras é a realização do empréstimo pessoal por meio de consignação nos benefícios.

O empréstimo consignado é uma modalidade de crédito pessoal em que o pagamento é realizado por meio de descontos diretamente na folha de pagamento ou no benefício previdenciário do contratante. Há vantagem para ambos os lados, contratante e contratado, já que há uma maior segurança ao contratado (instituição financeira), que terá o valor do contrato descontado diretamente do benefício do contratante, e, para esse último, também é vantajoso, já que as taxas de juros são menores do que as do mercado geral de crédito pessoal.

Havendo efetivo interesse do idoso, de forma espontânea, e devidamente conhecidas todas as condições e repercussões do contrato, a obtenção do empréstimo consignado pode ser um bom produto para ele.

Contudo, a realidade vem mostrando que as contratações não vêm ocorrendo de forma efetivamente espontânea, nem com a devida análise de todas as condições necessárias a uma contratação consciente.

A oferta do crédito ao idoso aposentado se inicia quando da concessão do benefício previdenciário, momento em que ele é soterrado de ofertas de crédito consignado pelos mais diversos canais possíveis, dentre eles, ligações, mensagens, correspondências, e-mails, abordagens em locais públicos, dentro das instituições financeiras etc.

As ofertas, em geral, não demonstram todas as nuances necessárias para uma decisão efetivamente consentida e resultam em um grande endividamento do idoso. O Banco Central divulgou em 2019 os dados do endividamento dos aposentados e a dívida chegava a R\$ 132,1 bilhões, configurando um recorde de endividamento⁶.

O idoso, reconhecidamente mais vulnerável que o consumidor comum, também sofre maior efeito das estratégias de marketing e publicidade.

6 Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/06/10/internas-economia,761546/em-novo-recorde-divida-de-aposentados-chega-a-r-132-1-bilhoes.shtml> Acesso em 22.08.2021

Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009) trouxe ao direito do consumidor o conceito de vulnerabilidade neuropsicológica, relacionada com a submissão do consumidor ao apelo comercial, ao marketing e à propaganda.

Moraes afirma que o consumidor é agredido por uma variação imensa de estímulos, que causam uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, resultando, muitas vezes, em tomada de decisão incorreta e, a depender do tipo de contratação, com imensa repercussão em sua vida.

Karen Bertoncello (2013, p. 96), analisando os efeitos da oferta e do consentimento pela pessoa idosa, destaca que

A própria condição humana da pessoa idosa reclama maior proteção no tocante ao processo de formação de vontade a fim de evitar sua exposição às práticas massificadas e, eventualmente, abusivas do mercado de crédito ao consumo: a psicologia da pessoa idosa vulnerável se caracteriza frequentemente por uma certa sugestionabilidade que a faz vítima de escolhas para os escroques.

O mercado de empréstimo consignado vem cada vez mais avançando na renda dos idosos. A Lei federal nº 10.280/2003 foi editada para regular as consignações em folha de pagamento de prestações de diversas operações financeiras, dentre elas, os empréstimos pessoais. A lei também se aplica aos aposentados e pensionistas.

Em sua redação inicial (em 2003), o limite máximo de consignação era de 30% da remuneração. Em 2015, com a edição da Lei nº 13.172, o referido limite aumentou para 35%, sendo que os 5% adicionais seriam para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou para a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Com o advento da pandemia, foi editada a Medida Provisória nº 1.006/2020, depois convertida na Lei nº 14.131/2021, que aumentou temporariamente o limite de consignação para 40% até 31/12/2021.

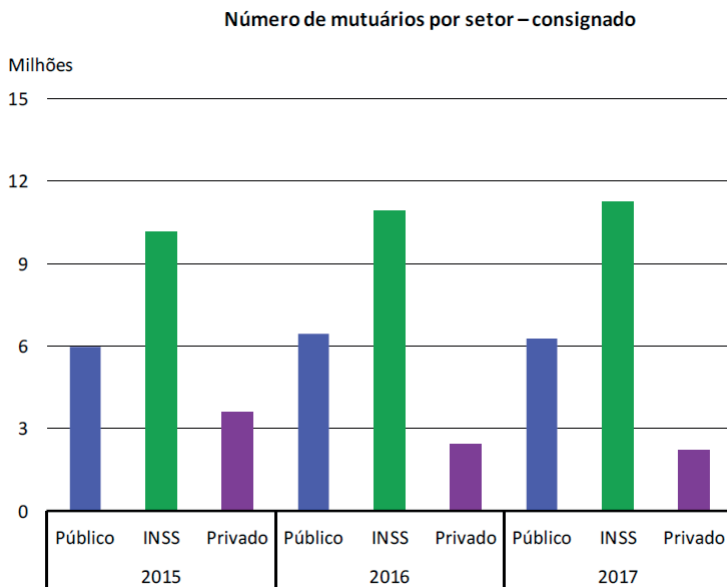
Observa-se, assim, que o objetivo inicial da lei, de regular e limitar o comprometimento da renda dos contratantes de empréstimos consignados, vem cada vez mais sendo alterado, tornando-se mais permissivo e avançando sobre a renda em um importe significativo que pode violar sobremaneira o mínimo existencial

do idoso (condições mínimas para uma vida digna – decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana).

Entre a proteção dos contratantes consignados e o maior retorno aos ofertantes de crédito, a legislação vem tendendo a favorecer as instituições financeiras.

Claro que, como dito antes, um empréstimo consignado bem indicado, contratado de forma consciente e efetivamente consentido é um bom produto. Contudo, quando se observa o perfil da população que mais contrata os referidos empréstimos (pouca escolaridade e renda baixa), a política pública deve ser, sempre, mais protetiva, garantindo-lhe o mínimo essencial para uma vida digna.

O relatório de cidadania financeira produzido pelo Banco Central em 2018⁷ indica que o maior consumidor do crédito consignado é o beneficiário do INSS, conforme gráfico abaixo:



O relatório ainda destaca o grande público-alvo desse tipo de modalidade:

⁷ Disponível em <https://www.bcb.gov.br/nor/releidfin/index.html>. Acesso em 22.08.2021

Um dado que chama atenção no crédito consignado é sua penetração entre os idosos: 61% dos tomadores têm mais de 55 anos, sendo responsáveis por 57% da carteira nessa modalidade. Esse indicador contradiz a teoria econômica da suavização do consumo, segundo a qual os indivíduos tendem a estabilizar o padrão de consumo na velhice, tendo, em geral, menor necessidade de crédito.

Observa-se, assim, que os idosos, muitas vezes em situação de fragilidade financeira e familiar, vêm se encantando pela captação dos fornecedores de empréstimos consignados e estão se endividando em patamar relevante de sua renda, além de, muitas vezes, não terem a total compreensão da repercussão imediata desses empréstimos a longo prazo em sua subsistência.

Muitos entram em uma “bola de neve”, contratando novos consignados assim que a margem vai sendo liberada, para poder efetivar os pagamentos de suas despesas atuais, existindo instituições financeiras que fazem liberação imediata de valores para consignação futura (quando a margem for disponibilizada).

Sendo assim, cabe perguntar: as normas atuais vêm se ajustando à nova demanda, conseguindo enfrentar as referidas situações de forma efetiva? É o que passaremos a analisar.

4. NORMATIZAÇÃO E EFETIVIDADE

O CDC, como norma legal principiológica e de proteção geral, traça os princípios, as normas gerais e específicas para a proteção do consumidor nas diversas condutas violadoras. Contudo, evidentemente não consegue abarcar todas as situações vivenciadas na sociedade de consumo.

Por outro lado, os princípios e as normas gerais já existentes no CDC e no Estatuto do Idoso têm densidade jurídica suficiente para o enquadramento do que seria violador ou não dos direitos do consumidor idoso. Entretanto, talvez por uma cultura jurídica mais voltada à normatização, as violações passaram a acontecer reiteradamente sem que o CDC fosse suficientemente utilizado para evitar e punir os abusos.

O INSS, ao editar normas internas regulando o procedimento de consignação (a norma base é a Instrução Normativa 28/2008, reiteradamente atualizada), passou a prever regulações protetivas específicas contra os abusos cometidos pelas instituições financeiras. Nelas, há previsão de que os benefícios de aposentadoria e pensão por morte, após a concessão, fiquem bloqueados até a autorização expressa para o desbloqueio. É prevista ainda a proibição de marketing ativo para convencer beneficiário do INSS a celebrar contrato de empréstimo pessoal ou adquirir cartão de crédito antes do decurso de 180 (cento e oitenta dias) da data de despacho do benefício.

A Instrução Normativa ainda reconhece que a realização do assédio comercial (se realizado dentro do prazo de vedação – 180 dias) sujeita as instituições financeiras e equiparadas à punição com suspensão de novas consignações/retenções/RMC⁸ por prazos crescentes e, na hipótese de reiteração ou descumprimento das determinações do INSS, rescisão do convênio e proibição de realização de um novo convênio pelo prazo de cinco anos. As penalidades são economicamente severas, mas, ainda assim, não foram suficientes para inibir, de forma eficaz, o abuso comercial das instituições financeiras.

A Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e a Associação Brasileira de Bancos (ABBC), buscando uma autorregulação da matéria entre seus componentes, instituiu um sistema de autorregulação de operações de empréstimo pessoal e cartão de crédito com pagamento mediante consignação, que entrou em vigor no dia 2 de janeiro 2020. As normas dele decorrentes preveem boas práticas voltadas a contratações sem abuso das vulnerabilidades dos consumidores e punições a diversas condutas violadoras nele previstas.⁹

Alguns estados, vendo as crescentes violações e a insuficiência protetiva, passaram a editar leis que melhor protegessem esse grupo vulnerável. É o caso do estado do Paraná, que editou a Lei nº 20.276/2020, que proibiu, em seu território, a realização de qualquer atividade de telemarketing ativo, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer outro tipo de atividade tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrar contratos de empréstimo de qualquer natureza, bem como a contratação através de ligação telefônica.

8 Reserva de Margem Consignável.

9 Disponível em https://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Documento_%20Correlato%20-%20Texto%20Vigente.pdf. Acesso em 28.08.2021

O mercado financeiro reagiu e o tema chegou ao STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (ADI 6727), advertindo que a matéria legislada seria competência privativa da União.

O STF, seguindo o voto da relatora, ministra Carmem Lúcia, entendeu pela constitucionalidade da lei estadual, por se tratar de competência legislativa concorrente em matéria de defesa do consumidor, e destacou a importância da proteção dos grupos vulneráveis:

Deve ser acentuado também que o consumidor aposentado ou pensionista, em geral ou, pelo menos, em grande parte, põe-se em situação de inquestionável vulnerabilidade econômica e social, dependendo dos proventos para a sua subsistência e da família e para a manutenção dos cuidados com a saúde. Expressivo número de aposentados e pensionistas é de pessoas idosas, é dizer, com idade superior a sessenta anos, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.741/2003, devendo, portanto, receber tratamento prioritário e proteção integral pela sociedade.

Tenha-se presente que ‘a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida’ (art. 230 da Constituição da República).

Os princípios da proteção integral e da prioridade também estão previstos naquele Estatuto. No inc. II do § 1º do art. 2º da Lei n. 10.741/2003, impõe-se a garantia de prioridade e preferência na formulação e na execução de políticas públicas voltadas ao idoso.

O que se dispõe na Lei paranaense aqui questionada é a adoção de política pública para a proteção econômica do idoso contra o assédio publicitário, não raro gerador de endividamento por onerosidade excessiva e de exposição a fraudes.

Destacou, ainda, a ministra a prevalência da dignidade humana e da defesa do consumidor quando em confronto com a livre iniciativa:

A livre iniciativa não obsta a regulação das atividades econômicas pelo Estado, que pode mostrar-se indispensável para resguardar os valores prestigiados pela Constituição, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

Observa-se, portanto, avanço nos últimos anos em termos de legislação; entretanto, ainda assim, a sanha de aumentar os clientes dos créditos consignados (em especial, os idosos) não parece arrefecer. Ao lado disso, há enorme número de empréstimos consignados decorrentes de fraude¹⁰, os quais não são devidamente evitados pelas instituições financeiras, violando ainda mais o direito dos idosos, que sequer realizaram os empréstimos, mas sofrem de imediato os descontos indevidos.

Levantamento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)¹¹ mostrou que, em 2020, as ocorrências envolvendo o crédito consignado ficaram em primeiro lugar, com aumento de 179% nos registros em relação a 2019. A pesquisa utilizou os dados do portal Consumidor.gov.br e do Banco Central.

Reportagem da *Época Negócios*¹² demonstra que, somente no quesito sobre “cobrança de produto não contratado”, o aumento foi de 441%. No ranking do Banco Central, houve aumento de 56% nos registros de “oferta ou informação de forma inadequada”. “Os consumidores dizem: ‘Eu não fiz contrato nenhum e alguém teve acesso ao meu benefício’”.

Dentro de todo esse contexto de abuso na oferta de empréstimos consignados e fraudes generalizadas, bem como da clara fragilização do sistema de proteção aos idosos consumidores nesse tipo de contratação, foi editada a Lei nº 14.181/2021 (publicada em 2/7/2021).

A lei vem aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. A legislação foi muito bem-vinda

10 Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/781193-associacoes-de-aposentados-relatam-fraudes-contra-idosos-na-concessao-de-emprestimo-consignado/> Acesso em 28.08.2021

11 Disponível em <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/idec-cobra-solucoes-contra-fraudes-do-credito-consignado-durante-pandemia> Acesso em 28.08.2021

12 Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2021/04/reclamacoes-sobre-consignado-do-inss-dobram-apos-aumento-da-margem.html> Acesso em 28.08.2021

por suprir um vácuo legislativo acerca do tratamento do superendividado, pessoa física de boa-fé e, além disso, trouxe também previsões legislativas específicas para a proteção do idoso no consumo do crédito.

A Lei nº 14.181/2021 incluiu o art. 54-C no CDC, com a previsão de vedação de condutas abusivas nela especificadas:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...]

IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;

Impôs ainda aos fornecedores e intermediários de crédito a realização de condutas voltadas à concretização do direito à informação, não somente das cláusulas contratuais, como também da repercussão da contratação e do seu inadimplemento:

Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

A lei é um avanço, especialmente relativo ao assédio ao idoso consumidor de crédito pessoal e à obrigação de uma informação mais detalhada das suas cláusulas para esse grupo mais vulnerável, contudo, referidas obrigações já poderiam ser deduzidas das normas vigentes no CDC e no Estatuto do Idoso. Entretanto, como não vinham sendo efetivamente cumpridas e o sistema protetivo não conseguia inibir esse assédio de forma eficaz, a norma veio para afastar qualquer dúvida da abusividade dessas condutas.

Claro que toda normatização que venha a reforçar direitos fundamentais de um grupo hipervulnerável nunca será em demasia, porém a realidade vem mostrando

que as violações não decorrem de omissão legislativa, e sim de uma ausência de fiscalização e punição, bem como da necessidade de maior conscientização do grupo vulnerável de seus direitos.

Levantamento do INSS retrata a quantidade ínfima de reclamações dos contratantes de consignados. Em 2019, o percentual foi de apenas 0,14%, sendo 56.379 reclamações para um montante de 37.926.521 contratos consignados ativos¹³.

Essa ausência de reclamação junto ao INSS por parte dos beneficiários demonstra a falta de conhecimento dos usuários dos seus direitos e meios de solução, cabendo ao INSS e aos órgãos de defesa do consumidor a implantação de campanhas de conscientização dessa população-alvo para que tome conhecimento das condutas abusivas que pode estar sofrendo, bem como dos mecanismos e canais para a solução.

Uma contratação de empréstimo consignado por um consumidor idoso envolve muitas variáveis que podem demonstrar abusividade. A gama de mecanismos que os fornecedores possuem para seduzir, de forma abusiva, os consumidores, em especial os mais vulneráveis, deve ser sempre analisada em uma relação de consumo, não se podendo aceitar a “ideia simplista e falaciosa de que todos são livres para optar por aquilo que desejam ou necessitam” (MORAES, 2009, p. 174-175).

É necessário também que o Sistema de Justiça (incluindo advogados, Ministério Público e Poder Judiciário) esteja efetivamente preparado para as especificidades do grupo hipervulnerável e possa concretizar os princípios basilares do direito do consumidor aliado à prioridade absoluta da pessoa idosa, prevista no Estatuto do Idoso.

Os atores do Sistema de Justiça, nos processos relacionados a empréstimos consignados, devem sempre se guiar, como um pressuposto inafastável, pela hipervulnerabilidade do idoso na relação de consumo. A vulnerabilidade, como princípio fundante do microsistema do direito do consumidor, deve sempre estar presente em qualquer julgamento, independente da alegação das partes envolvidas.

A atuação mais protetiva de todos que participam, de qualquer forma, na cadeia que envolve as contratações de empréstimos consignados, não prejudica aquele consumidor idoso que, talvez, não precisasse de maior assistência das instituições, mas com certeza alterará de forma significativa o ato de consumo daqueles mais vulneráveis.

13 Informações constantes de contestação do DATAPREV no processo 0801077-29.2021.4.05.8300 (SJPE).

CONCLUSÃO

Podemos observar, portanto, que os consumidores idosos possuem maior vulnerabilidade na relação de consumo e que, ao mesmo tempo, são alvo de instituições financeiras, submetendo-se a estratégias de marketing agressivo, que utiliza suas fragilidades para a contratação de empréstimos que afetarão sobremaneira seu sustento e por longo prazo.

As previsões no CDC e no Estatuto do Idoso não vinham tendo efetividade suficiente para a proteção desse grupo vulnerável, o que resultou na edição de diversas normas pelo INSS, pelos estados e por leis federais específicas, contudo, ainda assim, elas não vêm se mostrando suficientes para a efetiva proteção desse grupo vulnerável. Diversas reportagens demonstram o descumprimento frontal das determinações legais, resultando no crescimento, ano a ano, do endividamento do idoso.

A edição da Lei nº 14.181/2021 pode ainda não ser suficiente para a inibição das práticas abusivas, já que as normas anteriores vinham sendo ignoradas por parte das instituições financeiras.

A proteção do idoso deve ocorrer de forma integrada, não somente com a existência de normas, mas também com fiscalização e punição adequada aos violadores da lei, e, principalmente, com a conscientização dos direitos pelo grupo vulnerável e a facilitação para que os idosos possam negociar ou encerrar a contratação indevida (em sentido amplo).

A garantia do mínimo existencial, em especial na idade avançada, deve ser um norte na legislação e no julgamento dos processos relacionados ao endividamento das pessoas idosas.

Mudança de atitude dos órgãos administrativos, tornando-se mais efetivos na fiscalização e na punição, bem como na implementação de medidas que efetivamente protejam o consumidor idoso dos abusos comerciais das instituições financeiras, aliada à conscientização dos seus direitos, pode vir a preencher a lacuna hoje existente quanto à efetividade das normas já vigentes.

Além disso, tendo como norte esse viés de vulnerabilidade do idoso e as diversas restrições que envolvem o envelhecimento, deve a legislação buscar um equilíbrio

entre eventuais limitações que ele possua e o exercício de todos os seus direitos, sem reduzir suas potencialidades, mas dando-lhe poder de decisão consentida.

REFERÊNCIAS

BERTONCELLO, K. R. D. Crédito consignado ao idoso e ‘diálogo das fontes’: consequência da coordenação das normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 88, p. 83-102, 2013.

FICHMAN, Helenice Charchat; CARAMELLI, Paulo; SAMESHIMA, Koichi, NITRINI Ricardo. Declínio da capacidade cognitiva durante o envelhecimento. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 27, p. 79-82, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Edgar Nunes de; MORAES, Flávia Lanna de; LIMA, Simone de Paula Pessoa. Características biológicas e psicológicas do envelhecimento. **Revista Médica de Minas Gerais**, v. 20, p. 67-73, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código civil de 2002. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor deformada pela ótica subjetiva do intérprete. **Revista de Direito Comercial, empresarial, concorrencial e do consumidor**, v. 13, p. 84-111, out.-nov. 2016.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 89-114, jun. 2015.

TADDEI, Anna; QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **Os contratos de empréstimo pessoal e o direito do consumidor**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=781bb09f7e59ced9>. Acesso em 28/08/2021.

TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA: CONTRIBUIÇÕES PARA UM ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

JURIDICAL TOPICS AND NEW RHETORIC: CONTRIBUTIONS TO A QUALITATIVE ACCESS TO JUSTICE

Felipe de Souza Costa Cola

Professor da Faculdade Uninassau Caruaru

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV

Oficial de Justiça avaliador federal

RESUMO: O presente artigo objetiva solucionar o seguinte problema: como podem a tópica jurídica de Theodor Viehweg e a nova retórica de Chaim Perelman contribuir, no âmbito da função jurisdicional do Estado, para a concretização de um acesso à Justiça qualitativo, aqui entendido como acesso a decisões justas? Este estudo parte de considerações sobre o acesso à Justiça, aqui estudado numa perspectiva que valoriza a qualidade das decisões judiciais. Aborda, então, a tópica jurídica de Viehweg e a nova retórica de Perelman, asseverando que as decisões judiciais não são o resultado de processos silogísticos, mas escolhas baseadas em argumentos razoáveis. Finalmente, analisa como a tópica jurídica e a nova retórica contribuem para melhores decisões judiciais e aborda como essa conclusão se harmoniza com o Código de Processo Civil brasileiro.

ABSTRACT: *The present article aims to solve the following problem: how can Theodor Viehweg's juridical topics and Chaim Perelman's new rhetoric contribute, within the jurisdictional function of the State, to a qualitative access to justice, here understood as access to fair decisions? It starts from considerations about access to justice, here studied in a perspective that valorizes the quality of judicial decisions. Then, it approaches Viehweg's juridical topics and Perelman's new rhetoric, asserting that judicial decisions are not the result of syllogistic processes,*

but choices based on reasonable arguments. Finally, it analyzes how juridical topics and new rhetoric contribute to better judicial decisions and explains how this conclusion harmonizes itself with the Brazilian Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

Possivelmente, o tema do *acesso à Justiça* jamais recebeu tal proeminência como nos tempos atuais, o que, por certo, decorre de uma nova forma de se pensar o processo e a jurisdição, bem como da assim denominada *constitucionalização do direito*. Deveras, após a Segunda Guerra Mundial, as constituições vêm sendo colocadas no centro dos ordenamentos jurídicos, reconhecendo-se um papel de destaque aos direitos e garantias fundamentais. Nessa esteira, a garantia do acesso à Justiça tem sido encarada não apenas como mera possibilidade de provocação do Poder Judiciário, mas, sobretudo, como acesso à ordem jurídica justa.

Por outro lado, também a teoria geral do direito veio a experimentar um processo renovatório no pós-guerra, em razão da crise do até então dominante positivismo jurídico. Nesse contexto, o surgimento da tópica jurídica de Viehweg e da nova retórica de Perelman marcam uma nova fase dos estudos jurídicos, em que se confere especial valor à *argumentação*.

Nesse contexto, buscar-se-á, no presente artigo, uma solução para o seguinte problema: como podem a tópica jurídica de Theodor Viehweg e a nova retórica de Chaim Perelman contribuir, no âmbito da função jurisdicional do Estado, para a concretização de um acesso à Justiça qualitativo, aqui entendido como acesso a decisões justas?

Na tentativa de se solucionar esse problema principal, serão respondidas também as seguintes questões secundárias: (a) qual a natureza do processo de decisão judicial?; (b) como o recurso aos *topoi* (lugares-comuns de argumentação) pode auxiliar o julgador na busca da melhor solução para o caso concreto?; (c) como podem a tópica e a nova retórica contribuir para um incremento qualitativo da argumentação jurídica desenvolvida no processo?; (d) como podem a tópica e a nova retórica auxiliar as partes e o juiz na argumentação com base em precedentes judiciais?; (e) como podem a tópica e a nova retórica contribuir para um maior diálogo entre os órgãos jurisdicionais e a sociedade?; (f) à luz da tópica e da nova retórica, como é possível falar em segurança jurídica nas decisões judiciais?; e (g)

como a tópica e a nova retórica se relacionam com a disciplina do contraditório prevista no Código de Processo Civil brasileiro de 2015?

Para que sejam respondidas tais questões, serão tecidas, inicialmente, algumas considerações sobre o acesso à Justiça – analisado em uma perspectiva que valoriza a *qualidade* das decisões jurisdicionais, aqui denominada *acesso à Justiça qualitativo* –; em seguida, passar-se-á a uma visão geral da tópica e da nova retórica; posteriormente, ambas serão analisadas em sua relação com o acesso à Justiça qualitativo; e, por fim, serão discutidas a disciplina do contraditório adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 e a relação dessa disciplina com a tópica jurídica e a nova retórica.

1. ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

Após a Segunda Guerra Mundial, como reação às traumáticas experiências do nazifascismo e do Holocausto, um papel de destaque foi reconhecido, especialmente na Europa, às garantias fundamentais. A esse respeito, afirma Junoy (1997, p. 17, tradução nossa):

Depois da Segunda Guerra Mundial, produz-se na Europa e especialmente naqueles países que na primeira metade do século XX tiveram regimes totalitários, um fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa e, dentre estes, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir todo processo judicial. Pretendia-se com isso evitar que o futuro legislador desconhecesse ou violasse tais direitos [...]¹.

Em um tal contexto, as garantias fundamentais relativas ao processo também receberam destaque: era preciso pensar o processo à luz das normas constitucionais e o devido processo legal passou a ser visto como *processo justo*. Com efeito, afirma Morello (1994, p. 229, grifo do autor, tradução nossa):

1 Texto original: “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y, dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos [...]” (JUNOY, 1997, p. 17).

[...] o significado literal de devido processo legal é o de um *proceso justo*. Isto significa que nenhuma pessoa pode ser privada de sua vida, de sua liberdade ou propriedade, sem uma oportunidade de ser ouvida em defesa de seus direitos².

O direito e o processo passaram, então, a ser vistos sob a ótica constitucional, tornando-se, portanto, natural emprestar-se destaque à garantia do *acesso à Justiça*. No Brasil, o acesso à Justiça é garantia prevista no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Cappelletti e Garth (2002, p. 12), o acesso à Justiça corresponde ao mais básico dos direitos humanos, uma vez que permite a tutela de todos os demais. Segundo os autores, a expressão *acesso à Justiça* aponta para dois escopos fundamentais do sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e solucionar, por meio do Estado, os conflitos em que se envolvem: (a) ele deve ser igualmente acessível a todos; e (b) ele deve produzir resultados justos, tanto do ponto de vista individual quanto do social (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 8).

Nessa perspectiva, portanto, já se pode constatar que o acesso à Justiça não se resume a uma garantia de *ingresso* no Poder Judiciário – como talvez até sugerisse uma leitura literal do art. 5.º, XXXV, da Constituição –, mas aponta, indubitavelmente, para a necessidade de *qualidade* da prestação jurisdicional³. Noutras palavras, a garantia do acesso à Justiça aponta para a necessidade de busca de soluções *justas* para os conflitos que se apresentam ao Estado-juiz. Como afirma Dinamarco (2009, p. 253, grifos do autor):

As promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o *acesso à justiça* [...] Nem haveria justificativa para tanta preocupação

2 Texto original: “[...] el significado literal de debido proceso de ley, es el de un *proceso justo*. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos” (MORELLO, 1994, p. 229, grifo do autor).

3 Note-se que, hodiernamente, o acesso à Justiça não está restrito ao âmbito da função jurisdicional do Estado, englobando, também, o acesso aos Poderes Legislativo e Executivo, e mesmo a meios não estatais de solução de conflitos. Essas perspectivas de abordagem, entretanto, merecem estudos à parte e não serão tratadas aqui, tendo em vista a temática proposta.

com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de acesso à *ordem jurídica justa*.

Noutra passagem, afirma o autor que “Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça” (DINAMARCO, 2009, p. 118, grifos do autor).

O acesso à Justiça está, pois, direcionado à obtenção de decisões justas, que constituem a meta última de todo o sistema jurídico-processual existente. Uma vez fincada essa premissa, adotar-se-á, neste trabalho, a denominação *acesso à Justiça qualitativo* como designativa de um acesso a decisões jurisdicionais justas em seu conteúdo, que espelhem a boa qualidade dos serviços jurisdicionais do Estado.

2. TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA

Sob influência do pensamento cartesiano, acreditou-se, por muito tempo, que a aplicação do direito consistiria em um processo *dedutivo*, no qual fatos seriam subsumidos a normas positivas. Nessa perspectiva, caberia ao órgão jurisdicional a simples elaboração de um silogismo, no qual a premissa maior corresponderia a uma norma positiva, a menor ao fato enunciado na causa, e a conclusão à decisão propriamente dita.

Por outro lado, o positivismo jurídico, negador da existência de um direito natural, e o positivismo filosófico, que rejeitava qualquer filosofia dos valores, formaram, juntos, a ideologia democrática dominante no Ocidente até 1945 (PERELMAN, 2004, p. 91). Até a Segunda Grande Guerra, portanto, predominou no ocidente uma concepção jurídica que limitava a aplicação do direito à subsunção do fato à lei.

Essa concepção, porém, veio a sofrer abalos quando se revelaram ao mundo as atrocidades cometidas contra os judeus na Alemanha nazista: em suma, era possível um direito positivo injusto, que autorizasse descabros como o Holocausto. Portanto, a relação entre *direito e justiça*, à qual o juspositivismo não emprestava qualquer atenção, deveria ser novamente estudada.

Nesse cenário, em 1953, foi publicada a obra *Tópica e jurisprudência*, de Theodor Viehweg, que, abandonando as então prevalentes concepções que pretendiam resumir o direito à normatividade positiva e as decisões judiciais a silogismos, trouxe à baila

o caráter problemático e dialético do fenômeno jurídico. Deveras, Viehweg deixa de lado a ênfase até então conferida à unidade do sistema jurídico e passa a priorizar a análise de problemas concretos. Em síntese, o filósofo preconizava a aplicação da *tópica* – uma técnica de pensamento por problemas desenvolvida pela retórica⁴ (VIEHWEG, 1979, p. 17) – ao direito. Deveras, “O ponto mais importante no exame da *tópica* constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema” (VIEHWEG, 1979, p. 33, destaques originais). O problema, por sua vez, é entendido como toda questão que, aparentemente, apresenta mais de uma solução possível e para a qual se deve buscar uma resposta como solução (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Na *tópica*, entende-se que a aplicação do direito se dá não mediante processos dedutivos, mas mediante argumentação dialética fundada em *topoi* ou *loci*⁵. Estes constituem lugares-comuns de argumentação ou premissas geralmente aceitas, que orientam, em um processo dialógico – no qual são sustentadas teses opostas – a busca da solução mais razoável para o problema concreto. Como assevera Ferraz Júnior (2006, p. 23). “*Topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão”.

Os *topoi*, portanto, servem à discussão de problemas concretos e oferecem possibilidades de orientação do pensamento (VIEHWEG, 1979, p. 38): na discussão do caso, atuam como fios condutores de um raciocínio capaz de levar o julgador à decisão mais razoável para o caso. Em síntese, o juiz, fundando-se em *topoi*, *escolhe* a solução mais razoável para o problema concreto que lhe é apresentado.

Neste ponto, convém esclarecer que é de todo inexata a concepção que relaciona as decisões judiciais a silogismos, já que, do ponto de vista lógico, elas não podem, de modo algum, corresponder a deduções. Deveras, se, na premissa maior do “silogismo judiciário”, tem-se uma norma – isto é, um enunciado de *dever-ser* –, e, na menor, um fato, a conclusão do silogismo terá de corresponder também a um *dever-ser*. Todavia, os juízes não se limitam a enunciar, por exemplo, que alguém *deve ser*

4 Importante destacar que as origens históricas da *tópica* remontam aos *Tópicos* de Aristóteles, obra em que o filósofo grego se dedicou ao estudo da dialética. Note-se que, quando Aristóteles emprega o termo *dialética*, o faz “entendendo por dialética a arte ou técnica da argumentação a partir de premissas opináveis e, tanto quanto possível, verossímeis (ALMADA, 2006, p. 51)

5 Ambos os termos, *topoi* e *loci*, respectivamente nos idiomas grego e latino, têm o significado literal de “lugar”.

condenado nem que alguma relação jurídica *deve* ser declarada ou desconstituída; diversamente, em suas decisões, eles condenam, declaram e desconstituem.

Há, pois, aí, uma passagem do *dever-ser* ao *ser*, que se situa fora da competência da lógica formal (ATIENZA, 2006, p. 36); vê-se, assim, que à decisão sempre subjaz uma *escolha* do julgador, e não um processo dedutivo; por outro lado, ainda que a decisão ostente a *forma* de um silogismo, a conclusão deste não corresponderá senão ao *argumento* que *persuade* o juiz a decidir de um ou de outro modo.

Não é essa, porém, a única limitação da ideia de “silogismo judiciário”. Um outro ponto a merecer destaque diz respeito à sua premissa menor, isto é, ao fato que se considera subsumido à norma. A esse propósito, afirma Rigaux (2003, p. 53):

[...] Em suma, o fato não tem existência independente da norma jurídica sob cuja hipótese deve ser subsumido. É artificialmente criado pela própria aplicação dessa norma, o que atesta bem a circularidade própria do raciocínio do jurista: os fatos não são um dado submetido à regra, é a escolha desta que permite escolher os fatos que ela rege.

Suponha-se o seguinte exemplo: em um acidente de trânsito, um motorista age imprudentemente e, com isso, seu veículo vem a abalroar um outro. O proprietário do veículo atingido, então, tem de arcar com diversas despesas para o reparo do bem. Diante desse fato concreto, um operador do direito poderia, partindo das normas extraídas dos artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro, afirmar: “o condutor do primeiro veículo praticou ato ilícito e causou dano material ao proprietário do segundo, motivo pelo qual deve responder por esse dano, pagando a indenização correspondente”. No entanto, é fácil notar que as expressões “praticou ato ilícito” e “causou dano material” não decorrem diretamente do fato ocorrido no mundo empírico, mas das normas jurídicas: basta se pensar que um observador leigo, com efeito, se instado a narrar o acidente, não o descreveria se utilizando das categorias presentes nos dispositivos legais. Ora, somente é possível a utilização de conceitos legais quando já se sabe quais as normas aplicáveis ao fato concreto – no caso, os mencionados artigos 186 e 927 do Código Civil.

Ocorre, porém, que o raciocínio do aplicador do direito tem por objetivo, primeiramente, *descobrir* a norma aplicável, de modo que, apenas depois dessa

descoberta, será possível a construção do silogismo. Tem-se aí, portanto, mais uma demonstração de que o silogismo não retrata, de modo algum, o *processo* decisório, que corresponde, na verdade, à *escolha das premissas adequadas*, escolha essa que somente é possível mediante um processo dialético, isto é, um procedimento argumentativo em que serão confrontados argumentos em defesa de teses opostas – argumentos esses construídos sobre os *topoi*.

Cumpre, ainda, destacar uma última limitação do conceito de silogismo judiciário, que diz respeito ao uso frequente de *entimemas* no raciocínio jurídico. Entimemas podem ser definidos como “silogismos reduzidos, aos quais falta algum fio da dedução” (VILLEY, 2008, p. 256). Pense-se, por exemplo, no caso de fixação de indenização por dano moral: o Código Civil não é expresso no sentido de vincular a cada situação concreta de dano moral uma quantia em dinheiro específica, correspondente à indenização. O raciocínio jurídico, porém, não se limita a afirmar que uma indenização deve ser fixada, mas vai além disso: ele estabelece *qual* o valor aplicável a cada caso concreto. E, embora haja critérios capazes de orientar o juiz na fixação da quantia indenizatória, é certo que a lei civil não contém qualquer dispositivo expresso passível de ser enquadrado como premissa maior nos moldes tradicionais do silogismo judiciário. Fica mais uma vez evidente, portanto, que o juiz *decide* – isto é, *escolhe* – qual a melhor solução para o caso concreto, definindo o montante indenizatório mais adequado à luz das peculiaridades da situação fática, que somente podem emergir no processo dialético de argumentação.

Decisões judiciais, portanto, correspondem, invariavelmente, a *escolhas* fundadas em juízos de razoabilidade orientados por *topoi*: mesmo os aparentes silogismos judiciais não fogem à regra, neles ocorrendo apenas de os lugares-comuns utilizados estarem limitados a preceitos de direito positivo.

A tópica de Viehweg, por sua vez, abre caminho para que a ordem jurídica seja vista como um sistema em constante movimento e sempre aberto a novos pontos de vista (VIEHWEG, 1997, p. 127)⁶. O direito permanece, pois, permeável aos novos *topoi* que se vão consagrando na vida em sociedade, os quais, intervindo no debate, tornam possível a busca de decisões mais ponderadas e razoáveis.

6 Interessante notar que, como afirma Perelman (2004, p. 130), “O recurso aos tópicos jurídicos não se opõe nem um pouco à idéia de um sistema de direito, mas antes à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite, ao contrário, o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias, em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória”.

Por outro lado, Viehweg salienta a necessidade e a utilidade de se estabelecerem *catálogos de topoi* já consagrados como passíveis de utilização na solução de problemas; a esse modo de proceder, Viehweg denomina *tópica de segundo grau*, em contraposição à *tópica de primeiro grau*, que se baseia na discussão de pontos de vista mais ou menos casuais, usualmente utilizada em relação aos problemas da vida diária (VIEHWEG, 1979, p. 36). Ao se estabelecerem repositórios confiáveis de *topoi*, estabelecem-se as condições para um desenvolvimento posterior do pensamento: noutras palavras, o pensamento fundado em tópicos de argumentação também pode ser marcado por uma vinculação lógica para o futuro, sendo certo, porém, que esta não pode ser estendida em demasia (VIEHWEG, 1979, p. 41). Com efeito,

[...] a constante vinculação ao problema só permite conjuntos de deduções de curto alcance. É preciso que haja a possibilidade de os interromper a qualquer momento à vista do problema. O modo de pensar problemático é esquivo às vinculações. Porém não pode tampouco renunciar por completo a elas. Pelo contrário, tem um interesse especial em estabelecer determinadas fixações. A ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo balizado pelo entendimento comum.

De qualquer modo, a constante vinculação ao problema conserva o caráter elástico do catálogo de *topoi* e da argumentação dialética desenvolvida. Caso seja necessário, é possível que determinados pontos de vista deixem, em certo momento, de merecer a aceitação geral que antes se lhes emprestava. Esse rompimento com o pensamento já estabelecido, porém, não é usual. Como explica Viehweg (1979, p. 42, grifo do autor),

[...] Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado. Não obstante, também neste ponto o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de *interpretação*. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, que frequentemente se produzem em uma conexão completamente

distinta e tornam possível que se dê às velhas fixações um novo rumo. Não dizemos que toda interpretação (exegese, hermenêutica, etc.) necessariamente o faça, mas sim que pode fazê-lo. A interpretação constitui uma parte importante da tópica extraordinariamente apropriada nas mencionadas mudanças de situação. Nela, o dialético no sentido examinado se faz acreditar.

A tópica pode, assim, prestar grande auxílio ao jurista na argumentação com base em textos e em precedentes, por exemplo. Deveras, os textos legais e os precedentes judiciais constituem *topoi* utilizáveis na solução do problema concreto e, portanto, sua aplicação gradativa permite a construção de vinculações lógicas *pro futuro* e, por outro lado, sempre que surge uma situação distinta das anteriormente analisadas, a tópica auxilia o jurista na interpretação dos pontos de vista já estabelecidos – por exemplo, por meio de técnicas de *distinguishing*, isto é, de distinção entre o caso e exame e o precedente que se lhe queira aplicar como paradigma –, possibilitando o estabelecimento de novas soluções, preservando-se o material cognitivo já consolidado.

Enfim, a tópica abriu caminho para o enriquecimento da argumentação jurídica e, assim, é capaz de oferecer um notável auxílio na persecução de decisões justas. Outrossim, sua utilização contribui para um incremento qualitativo dessas decisões. Por outro lado, a tópica de Viehweg ensejou uma revalorização da *retórica* e da *argumentação no direito*; com efeito, após os estudos do jurista alemão, surgiu, com um novo ímpeto, a *teoria da argumentação jurídica*.

Cinco anos após a publicação de *Tópica e jurisprudência*, Chaïm Perelman e sua colaboradora, Lucie Olbrechts-Tyteca, publicariam seu célebre *Tratado da argumentação: a nova retórica*. A *nova retórica*, movimento filosófico inaugurado por Perelman, não está, é verdade, limitada ao âmbito do direito: diversamente, o autor busca empreender “o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 4, grifo dos autores). Perelman e Olbrechts-Tyteca resgatam, assim, a dialética e a retórica clássicas, abandonadas desde o início da modernidade por influência de Descartes. Todavia, não há dúvida de que foi especialmente no direito que Perelman, jurista refinado, desenvolveu sua filosofia argumentativa.

Segundo a nova retórica, a argumentação é sempre levada a efeito por um orador perante um *auditório*, cuja adesão a certa tese se deseja obter. No âmbito da aplicação do direito, as partes e seus advogados buscam sempre a adesão de um juiz ou tribunal: pretendem, com isso, persuadir o órgão jurisdicional quanto à razoabilidade dos entendimentos que sustentam, a fim de que sua decisão se dê em um determinado sentido. O magistrado, por sua vez, em suas razões de decidir, buscará *persuadir* também um auditório, formado pelas partes, e, em Estados democráticos, por toda a sociedade. Realmente, a motivação das decisões judiciais cumpre tanto um papel *extraprocessual*, na medida em que, como garantia de controlabilidade e transparência, direciona-se a toda a sociedade, quanto um papel *endoprocessual*, uma vez que se dirige às partes (Luiso, 1997, p. 39).

Enfim, as decisões judiciais não se dão no plano da lógica formal – como parecem supor os defensores do “silogismo judiciário” –, mas no âmbito de uma lógica do razoável: ocorrendo no terreno da *razão prática*, elas constituem *escolhas* cuja razoabilidade se funda em argumentos aceitáveis perante o meio em que são proferidas⁷. De fato, segundo Perelman (2005, p. 278, grifo nosso),

Enquanto um raciocínio teórico consiste numa inferência que tira uma conclusão a partir de premissas, *o raciocínio prático é o que justifica uma decisão*. Falaremos de raciocínio prático toda vez que a decisão depende de quem a toma, sem que ela decorra de premissas consoantes a regras de inferência incontestes, independentemente da intervenção da vontade humana.

Nessa esteira, não é difícil perceber que, na nova retórica perelmaniana, a decisão judicial – obtida dialeticamente – não apenas deve ser conforme à lei positiva, como também precisa corresponder a uma escolha justa perante o meio que a deve aceitar (PERELMAN, 2004, p. 114). A ideia de justiça da decisão, porém, não pode abrir espaço ao arbítrio ou ao puro decisionismo judicial:

⁷ De fato, “[...] Um argumento não é correto e coercivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, conforme razões que lhe justificam o emprego no caso. É por isso que o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem a filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação” (PERELMAN, 2005, p. 471).

[...] Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica (PERELMAN, 2004, p. 117).

Aqui, torna-se evidente a complementaridade existente entre a nova retórica e a tópica jurídica. Com efeito, serão os *topoi*, como pontos de vista de aceitação geral, que permitirão a aproximação argumentativa entre direito e justiça, bem como um diálogo entre o Judiciário e a sociedade. A propósito da harmonia existente entre ambas as teorias, consulte-se Lacerda (2006, p. 44-45):

As semelhanças de ambas as propostas podem ser reduzidas a um ponto central: a retomada de Aristóteles e de sua dialética ou tópica. Ao passo que para Viehweg a prática do Direito consiste sempre na invocação e na discussão de tópicos (entendendo por essa expressão os argumentos solidificados em fórmulas que gozam de aceitação entre os juristas), Perelman defende a idéia de que a prática jurídica é sempre dialética, presidida por técnicas argumentativas e retóricas com as quais os juristas buscam a adesão de diversas teses e auditórios às teses que postulam. Trata-se, em suma, de teorias muito parecidas, pois o recurso aos tópicos por Viehweg só encontra sentido na medida em que esses *lugares* referem-se a determinados auditórios, do mesmo modo que quando Perelman invoca os ‘argumentos e técnicas argumentativas’, está apenas desenvolvendo as possibilidades mesmas contidas no conceito de *topoi* que ambos tomaram de Aristóteles.

3. TÓPICA JURÍDICA, NOVA RETÓRICA E ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

Ao se ter em vista o que já foi dito acerca do acesso à Justiça qualitativo, tornam-se evidentes as possibilidades de contribuição de uma concepção tópico-retórica do fenômeno jurídico para um incremento qualitativo dos provimentos jurisdicionais.

Ora, se as decisões judiciais são escolhas fundadas em argumentos, não é difícil perceber que a qualidade da argumentação desenvolvida repercutirá diretamente na qualidade das decisões prolatadas. Destarte, ao se conceber o direito como fenômeno argumentativo, cria-se ensejo para uma ampla e consciente utilização dos *topoi* como meios de busca de decisões razoáveis.

A tópica jurídica e a nova retórica abrem caminho para um enriquecimento da argumentação desenvolvida no processo. Com efeito, elas infirmam o entendimento tendente a reduzir o raciocínio judiciário a um processo silogístico, chamam a atenção para o caráter dialético e argumentativo do fenômeno jurídico e põem em relevo a necessidade de busca de uma síntese entre a normatividade positiva e a justiça, entre a obra do legislador e os valores da sociedade.

O recurso aos *topoi* permite, pois, o desenvolvimento de um efetivo diálogo entre essa mesma sociedade e o Poder Judiciário, do qual emanam as decisões que em seu seio vigorarão. De fato, convém sempre repisar que os provimentos jurisdicionais preconizados por uma concepção tópico-retórica do direito se distanciam tanto da aplicação cega e irrefletida de dispositivos legais quanto das concepções arbitrárias de justiça do julgador: toda decisão deve, a um só tempo, caber dentro da moldura normativa e guardar sintonia com os valores existentes no meio.

Nesse sentido, uma concepção tópico-retórica do direito tem muito a oferecer em prol da *segurança jurídica* existente em dado meio. Com efeito, ela censura o decisionismo, e, ao apontar para a prolação de decisões com base em *topoi*, isto é, com fundamento em pontos de vista já cristalizados e aceitos, contribui para decisões que, além de caberem nos *limites* estabelecidos pela lei – única segurança que uma concepção puramente legalista do direito pode proporcionar –, sejam também *previsíveis* à luz dos valores do meio que as deve aceitar.

Nos tempos de hoje, em que se confere especial destaque ao papel que, no interior do sistema normativo, é desempenhado pelos princípios constitucionais – enunciados por meio de termos de significação indeterminada que, talvez, não se coadunassem com a concepção de segurança da *era dos códigos* –, a nova retórica e a tópica jurídica abrem espaço para que os termos de significação indeterminada encontrados nos mandamentos da Constituição sejam densificados em harmonia com os valores existentes na sociedade.

Por outro lado, em sociedades como as atuais, marcadas pela convivência de múltiplos valores, a tópica e a nova retórica favorecem a busca de consensos por meios pacíficos e democráticos. Afinal,

[...] É em face de valores e normas múltiplas, de autoridades imperfeitas, que se manifesta o interesse do raciocínio prático. É então, num pluralismo de valores, que assume toda a sua importância a dialética, entendida em seu sentido aristotélico, como técnica da discussão, como capacidade de objetar e de criticar, de refutar e de justificar, no interior de um sistema aberto, inacabado, suscetível de precisar-se e de completar-se no próprio decorrer da discussão (PERELMAN, 2005, p. 283).

Ainda: em tempos de valorização do assim denominado *direito jurisprudencial*, a tópica jurídica e a nova retórica oferecem grande auxílio no que tange à confrontação entre casos pretéritos e futuros. Deveras, os casos já julgados oferecem orientações para o julgamento de casos futuros; no entanto, quando se verificar que a adoção do mesmo entendimento já sedimentado conduzirá a resultados injustos ou absurdos, será possível, por meio da teoria da argumentação, recorrer a técnicas de *distinguishing* a fim de enfatizar as peculiaridades do novo caso, promovendo-se a justiça no caso concreto e preservando a harmonia do sistema.

4. TÓPICA JURÍDICA, NOVA RETÓRICA E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A esta altura, convém tecer algumas considerações sobre o modelo de contraditório consagrado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015. O artigo 7.º do estatuto processual estabelece para o juiz o dever de zelar pelo “efetivo contraditório”. Fiel a essa ideia de *efetivo contraditório*, o mesmo código estabelece, em seu artigo 9.º, a impossibilidade de se proferir decisão desfavorável à parte sem que esta seja previamente ouvida⁸, bem como, no artigo 10, a vedação à decisão baseada em fundamento sobre o qual não tenham tido as partes oportunidade de se manifestar.

⁸ O próprio dispositivo, porém, estabelece exceções a essa regra geral, que não se aplica à tutela de urgência, às hipóteses de tutela de evidência previstas no artigo 311, II e III, e à decisão prevista no artigo 701.

Colhe-se, em verdade, de todos esses comandos legais, que o novo Código de Processo Civil encampou um novo modelo de contraditório – há muito já preconizado pelos estudiosos, ressalte-se – que não se limita à mera bilateralidade formal do processo, traduzindo-se também em uma garantia de efetivo *poder de influência* das partes sobre o órgão jurisdicional. A propósito desse moderno perfil do contraditório, lecionam Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 68, grifo dos autores, tradução nossa):

[...] da mera inviolabilidade de um contraditório estático ou formal, no momento inicial do juízo, passa-se à exigência de consagrar formas adequadas de co-participação ou de colaboração dinâmica das partes no curso do inteiro processo, de sorte que lhes seja sempre concedida, sob bases paritárias, uma *possibilidade efetiva de influir, com a própria atividade de defesa, sobre a formação do convencimento do juiz* (e, por conseguinte, sobre o iter formativo da decisão jurisdicional)⁹.

Pode-se afirmar, inclusive, que esse novo perfil de contraditório valoriza a própria dignidade humana – erigida em princípio constitucional pelo artigo 1.º, III, da Constituição Federal brasileira. Nesse sentido, assevera Greco (2005, p. 554-555):

Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade da pessoa humana. Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a todos os interessados. Ora, não existe forma mais eficaz para isso, do que através da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. O diálogo é o intercâmbio de ideias entre duas ou mais pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo todos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões dos outros,

9 Texto original: “[...] dalla mera inviolabilità di un contraddittorio statico o formale, nel momento costitutivo iniziale del giudizio, si passa all’esigenza di consacrare forme adeguate di compartecipazione o di ché sia sempre loro accordata, su basi paritarie, una *possibilità effettiva di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione del convincimento del giudice* (e, quindi, sull’iter formativo della decisione giurisdizionale)” (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1995, p. 68, grifo dos autores).

de tal modo que a seu término cada um deles influenciou nas idéias do outro e por elas foi também influenciado.

O contraditório, portanto, reconhecido pela Constituição como garantia fundamental (art. 5.º, LV), deve ser lido nessa acepção moderna, significando uma garantia de efetiva influência dos sujeitos do processo na elaboração da decisão que sobre eles produzirá efeitos. E como se exerce, na prática, essa influência? Por meio da *argumentação jurídica*, desenvolvida dialeticamente e com recurso aos *topoi*.

Decorre daí que a disciplina do contraditório prevista pelo novo Código de Processo Civil, ao garantir o “efetivo contraditório”, entendido como poder real de influência, valorizou sobremaneira a argumentação jurídica e, nesse diapasão, está em plena sintonia com a tópica e a nova retórica. Ambas têm muito a oferecer aos operadores do direito envolvidos no processo jurisdicional, já que este caracterizar-se-á por uma busca dialética da melhor decisão para o caso concreto. Note-se, aliás, que o artigo 6.º do estatuto processual integra todos os sujeitos do processo num sistema cooperativo em que se buscará obter, em tempo razoável, uma “decisão de mérito justa e efetiva”.

No processo cooperativo, como é evidente, reveste-se de grande importância a *qualidade* das decisões judiciais. Nesse sentido, o Código de Processo Civil previu expressamente, em seu artigo 489, § 1.º, a exigência de *fundamentação exauriente* para as decisões judiciais. E estabelece, com efeito, o referido dispositivo:

§ 1.º 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.

Por sua vez, o § 2.º do mesmo artigo estatui que

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ora, como facilmente se percebe, os preceitos legais citados estabelecem para o julgador o dever de argumentar: não lhe basta citar elementos à primeira vista “suficientes” para embasar a decisão, sendo necessário um real esgotamento das possibilidades argumentativas relacionadas ao caso concreto¹⁰. É necessário, por conseguinte, que a decisão judicial espelhe um verdadeiro processo dialético de argumentação, sem o qual um acesso à Justiça qualitativo se mostra inviável.

Por todo o exposto, a tópica jurídica e a nova retórica, que consagram uma visão argumentativa e dialética do fenômeno jurídico, estão em plena sintonia com o Código de Processo Civil de 2015 e serão de grande valia aos operadores do direito na busca do acesso à Justiça qualitativo.

CONCLUSÃO

O acesso à Justiça já não pode ser resumido à ideia de mera garantia de ingresso no sistema judicial de solução de conflitos; ao revés, deve ser encarado como acesso à ordem jurídica justa. Tal circunstância, por sua vez, enseja, no âmbito da função jurisdicional do Estado, a necessidade de se garantir a *qualidade* das decisões judiciais. Nesse sentido, falou-se, aqui, em *acesso à Justiça qualitativo*.

10 Não cabe, aqui, uma análise detalhada de cada uma das exigências formuladas nos dois dispositivos, análise essa que fugiria ao tema objeto deste artigo. Por ora, basta a constatação de que, ao estabelecer tais exigências, preocupou-se o legislador, inequivocamente, com a efetiva qualidade das decisões judiciais.

Por outro lado, a tópica jurídica e a nova retórica mostram que as decisões judiciais não correspondem a meros silogismos, mas a verdadeiros processos argumentativos de escolha de uma solução para o problema apresentado ao juiz. O recurso à argumentação dialética e aos *topoi* de argumentação tem, portanto, muito a oferecer em prol da aproximação entre *direito e justiça* na solução dos casos concretos submetidos à jurisdição estatal. Ademais, a utilidade da tópica e da nova retórica se torna ainda maior no atual contexto de valorização da jurisprudência na aplicação do direito, auxiliando o operador do direito a argumentar dialeticamente com base em precedentes judiciais – por exemplo, mediante técnicas de *distinguishing*.

Ao enfatizarem o caráter argumentativo e dialético do fenômeno jurídico, a tópica jurídica e a nova retórica – que, na realidade, são teorias mutuamente complementares – destacam a necessidade de decisões ao mesmo tempo justas e em conformidade com as leis positivas, permitindo a consolidação de um maior diálogo entre sociedade e Poder Judiciário. Esse duplo critério – conformidade ao direito positivo e justiça, do ponto de vista do meio em que a decisão é proferida – enseja maior previsibilidade das decisões judiciais do que a antiga abordagem positivista, que, no tocante à segurança, apenas podia orientar que a decisão fosse proferida dentro dos *limites* estabelecidos pela normatividade positiva, mas, desde que o intérprete não ultrapassasse tais limites, nada podia assegurar do ponto de vista de sua aceitação social.

Cabe destacar, ademais, que a disciplina legal do contraditório prevista no novo Código de Processo Civil de 2015 valorizou a busca argumentativa e dialética de decisões justas, traduzindo uma verdadeira preocupação do legislador com a concretização de um acesso à Justiça qualitativo. A exigência de fundamentação exauriente, prevista no mesmo estatuto, corrobora essa constatação.

Pode-se, pois, afirmar, em conclusão, que a tópica e a nova retórica são valiosos instrumentos para os juristas, podendo ambas favorecer – sobretudo agora, na vigência do novo Código de Processo Civil – a busca por um acesso à Justiça qualitativo, tendo em vista que possibilitam a construção argumentativa de decisões justas.

REFERÊNCIAS

- ALMADA, Gonçalo Portocarrero de. **Crítica da Razão Dialética em Aristóteles**: introdução ao estudo da sua natureza. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- COMOGLIO, L. P.; FERRI, C.; TARUFFO, M. **Lezioni Sul Processo Civile**. Bologna: il Mulino, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GRECO, Leonardo. O Princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.
- JUNOY, Joan Picó i. **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.
- LACERDA, Bruno Amaro. **Raciocínio Jurídico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- LUISO, Francesco P. **Diritto Processuale Civile**: principi generali. Milano: Giuffrè Editore, 1997.
- MORELLO, Augusto M.. **El Proceso Justo**: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. La Plata: Libreria Editora Platense, 1994.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Topica y la Filosofia del Derecho**. 2. ed. Tradução para o Espanhol de Jorge M. Seña. Barcelona, 1997.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito. os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

O PODER JUDICIÁRIO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE: A GESTÃO DA COMUNICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

THE JUDICIARY AND ITS RELATIONSHIP WITH SOCIETY: THE MANAGEMENT OF COMMUNICATION BY COURTS

Ítala Colnaghi Bonassini Schmidt

Juíza de Direito pelo Tribunal de Justiça do Estado de
Goiás

Mestranda pela Escola Nacional de Formação e
Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam)

RESUMO: Uma das dificuldades mais apontadas por magistrados e magistradas do Brasil é o distanciamento percebido entre o Poder Judiciário e a população, o que se reflete em incompreensão acerca do papel constitucional desse poder, na falta de reconhecimento e, ainda, no agravamento da crise que afeta atualmente as instituições de Estado. Sem olvidar as inúmeras mazelas que contribuem para a crise atualmente observada em torno do sistema democrático como um todo, o presente artigo busca refletir sobre os avanços já alcançados e sobre os desafios que se apresentam ao desenvolvimento de uma comunicação mais transparente e efetiva entre os tribunais brasileiros e a sociedade, levando em conta a salutar importância que a confiança do público possui sobre o sistema de justiça de um país.

ABSTRACT: *One of the difficulties most pointed out by magistrates in Brazil is the distance perceived between the Judiciary and the population, which is reflected in incomprehension about the constitutional role of this branch, lack of recognition and, still, worsening of the crisis that currently affects State institutions. Without forgetting the countless problems that contribute to the crisis currently observed around the democratic system as a whole, this article seeks to reflect on the advances already achieved and the challenges that face the development of a more transparent*

and effective communication between Brazilian courts. and society, taking into account the salutary importance that public confidence has in a country's justice system.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro é um dos maiores do mundo, contando com mais de 18 mil magistrados espalhados pelas 27 (vinte e sete) unidades da federação e pelos diversos ramos da Justiça Estadual, Federal e Distrital.

Apesar de sua importância e expressão social, o Poder Judiciário ainda é pouco compreendido pela sociedade, que vive atualmente um período de crise de representação e descrédito no próprio sistema democrático, com uma crescente queda de confiança nas instituições de Estado, notável pelas manifestações realizadas tanto nas ruas quanto através das mídias sociais.

Considerando a extrema importância que a confiança do público possui sobre a legitimidade do sistema de Justiça de um país, torna-se cada vez mais necessário o desenvolvimento de uma comunicação transparente e eficaz por parte do Judiciário, o que exige desse poder entendimento acerca da imagem que ostenta perante os cidadãos na atualidade e, principalmente, da imagem que pretende construir.

O presente artigo procura abordar as percepções e expectativas da sociedade em torno da atuação dos juízes e tribunais no Brasil, com destaque para as recentes pesquisas encomendadas pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), bem como as possibilidades de aprimoramento dos mecanismos que buscam aproximar o Judiciário dos cidadãos, levando em conta os desafios decorrentes do momento histórico especialmente turbulento que enfrentamos.

1. DEMOCRACIA E CONFIANÇA DA SOCIEDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA

Numa breve análise histórica, é possível constatar como a percepção da democracia vem mudando ao longo dos tempos, passando de uma visão utópica de “governo de todos” e de “vontade do povo” para um cenário de crescente descrédito e frustração, certamente agravado pela crise econômica mundial, que tem levado muitos países a discutir modelos diferentes e, alguns, inclusive, a flertar com o

extremismo, numa clara demonstração da tensão que há anos vem afastando a classe política dos cidadãos.

Conforme apontado por estudo do Pew Research Center, realizado em 2018 e publicado em 2019, que contou com a participação de mais de 30 mil pessoas em 27 países, o desempenho dos regimes democráticos é avaliado como insatisfatório por 51% dos entrevistados, contra 45% que se dizem satisfeitos¹.

Os resultados do estudo indicam um declínio do apoio à democracia, o que pode ser percebido em todas as partes do globo, conforme análise do Global Barometer Surveys:

Do Brexit à eleição do presidente Trump e dos partidos de direita em ascensão na Europa, as democracias liberais ocidentais estão em perigo. Ao mesmo tempo, o processo de democratização também enfrenta uma crescente batalha no mundo em desenvolvimento. Novas democracias estão estagnadas na América Latina e no sul da Ásia, e a democratização foi abortada na região árabe e revertida na África e na Eurásia. No leste da Ásia, as democracias são desafiadas pelo crescente regime autoritário, especialmente a China (GLOBAL, 2018, p.7).

O fenômeno de crise democrática guarda relação com o juízo negativo que os cidadãos têm demonstrado acerca da capacidade do Estado de garantir a proteção ao direito de livre expressão, de assegurar a todos chances iguais de melhorar os padrões de vida, bem como do ceticismo em torno do sistema eleitoral e da idoneidade moral dos representantes políticos. É inegável, ainda, que a percepção social sobre o sistema de Justiça também influi na (in)satisfação das pessoas com o regime democrático, e é nesse ponto que o artigo se pretende debruçar.

De acordo com o estudo do Pew Research Center, apenas 44% das pessoas entrevistadas em 27 países entenderam que a frase “o sistema judicial trata a todos de maneira justa” descreve bem o seu país, ao passo que 53% disseram pensar o contrário. A situação é mais crítica quando se analisam os números do Brasil. Aqui, 72% dos respondentes afirmaram que a referida frase não descreve bem o seu país.

1 PEW Research Center. Many across the globe are dissatisfied with how democracy is working. *For release April 29, 2019*. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/global/2019/04/29/many-across-the-globe-are-dissatisfied-with-how-democracy-is-working/>

Apesar dessa constatação, restou apurado na pesquisa “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro” (2019, p. 13) que, entre os três poderes, no nível federal, o Judiciário figura como a instituição em que os brasileiros mais confiam (STJ, 44%; STF, 41%), ficando à frente, portanto, da Presidência da República (34% confiam) e do Congresso Nacional (19% confiam). A confiança na Justiça, de forma mais ampla, é apresentada como sendo de 52%, contra 44% dos que não confiam, e, ainda conforme o estudo, ela cresce à proporção que diminui a faixa etária e que se reduz a escolaridade.

Outra constatação interessante é que, apesar do cenário de desconfiança nas instituições de Estado, tem-se percebido no Brasil um crescimento acentuado da litigiosidade nas últimas décadas.

Na pesquisa “Quem somos, a magistratura que queremos” (VIANNA et al., 2018), foram os magistrados e magistradas questionados acerca desse fenômeno, sendo que a alternativa mais apontada para justificá-lo foi a de que haveria a disseminação de uma cultura de litígio em nosso País, o que se pode entender como uma banalização das ações judiciais como um caminho facilitado para traduzir meras queixas ou aborrecimentos. O Judiciário, nessa perspectiva, nem sempre seria visto como uma última alternativa buscada para a garantia de direitos, servindo, ao contrário, muitas vezes, como uma espécie de “teste inicial e imediato sobre a consistência daquilo que parece ser uma reivindicação” (PORTO, 2020, pp. 65-66).

Ainda assim, o cenário apresentado não deixa de ser preocupante, principalmente se levado em conta que a credibilidade do Poder Judiciário é considerada o pilar que sustenta o Sistema de Justiça de um país: “Somente onde a comunidade tem confiança na integridade e capacidade do Judiciário que a comunidade é governada de acordo com a norma legal” (2008, p 34)².

Com efeito, “de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los, de implementá-los” (CAMPILONGO, 2000, p. 101, apud PORTO, 2020, pp. 59-80).

2 Fala proferida por Sir Gerard Brennan, então presidente de Suprema Corte Australiana, aos juízes recém-nomeados em sua jurisdição, conforme apontado no livro *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*.

A questão da confiança depositada nas Cortes de Justiça ganha mais importância na medida em que se observa uma expansão do Poder Judiciário, no sentido de ampliação do alcance e do impacto da jurisdição e de uma maior permeabilidade das decisões judiciais no campo das políticas públicas.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2014), o aumento do protagonismo do Judiciário vem sendo observado desde os finais da década de 1980, não apenas no Brasil, e é impulsionado por diversos fatores, entre os quais ele cita o desmantelamento do Estado intervencionista e a consequente precarização dos direitos econômicos e sociais; o advento, no Brasil, da Constituição Federal de 1988, com uma ampliação do rol de direitos e das instituições legitimadas a invocar os tribunais; e, ainda, o “combate à corrupção”, interna e externa ao Judiciário, que provoca uma “justiça dramática”, que “judicializa a política e politiza os tribunais”.

Além disso, o Judiciário, como um todo, mas, em especial, os Tribunais Superiores, ocupam uma posição única em nosso sistema político, considerando seu papel de intérprete da lei e da Constituição Federal, com autoridade, inclusive, para declarar a invalidade de normas aprovadas por majorias democráticas. Essa “supremacia judicial”, somada às garantias titularizadas pelos juízes, como a vitaliciedade, que os blindam dos mecanismos de responsabilidade popular aplicáveis aos membros dos demais poderes, acaba por destacar a chamada “dificuldade contramajoritária”, que pode ser resumida como a dificuldade em se conciliar juízes não eleitos pelo povo com o poder a eles atribuído de vetar leis democraticamente aprovadas.

A necessidade de se conferir legitimidade social ao Poder Judiciário, dada a relação indissociável dessa legitimidade com a realização dos direitos fundamentais, torna imprescindível que se desenvolva uma efetiva comunicação entre esse poder e a sociedade, a fim de se aprimorar a confiança do público e, consequentemente, de se fortalecer o regime democrático como um todo.

2. O DISTANCIAMENTO E A NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO ENTRE JUDICIÁRIO E POPULAÇÃO

Quando questionados, na pesquisa “Quem somos, a magistratura que queremos” (VIANNA et al., 2018), sobre as dificuldades atuais do Poder Judiciário (Questão

nº 69), juízes e juízas de todos os segmentos apontaram como “muito importante ou essencial” o problema do distanciamento da maioria da população (p. 102-103).

Esse dado permite concluir que o apontado distanciamento é visto pela magistratura não num sentido positivo, de garantia da atuação imparcial e independente do Judiciário, mas num viés negativo, de incompreensão acerca do desenvolvimento do seu papel constitucional.

De fato, como bem apontado por Pinto e Gabriel (2020, p. 171), a análise das respostas obtidas no Estudo da Imagem do Poder Judiciário (2019) demonstra que algumas ideias comumente associadas a esse poder, a exemplo de que “A Justiça é lenta” (93%) e de que “A polícia prende e a Justiça solta” (89%), em parte também se devem ao alto nível de desinformação sobre o funcionamento da Justiça.

Com efeito, apenas 5% da sociedade afirmou considerar-se bem informada a respeito da questão, tendo 50% se autoavaliado como relativamente informada e 42% reconhecido ser mal informada. Esse último percentual, vale destacar, aumenta para 49% entre os jovens, 50% entre os que têm Ensino Fundamental e 49% na faixa de renda de até dois salários mínimos (2019, p. 30).

O distanciamento da população, conforme elucidado por Porto (2020), é um fenômeno multifatorial, podendo encontrar ressonância no modo como o próprio Judiciário se organiza e atua. Embora reconheça que a pesquisa não aprofunda a compreensão sobre os aspectos que contribuem para esse distanciamento, a autora intui que, para alguns magistrados, ele tem como fonte importante a atuação da imprensa na forma como retrata a atividade dos magistrados (p. 72).

Nesse sentido, um dos desafios que a magistratura entende que ainda precisam ser adequadamente enfrentados é o aperfeiçoamento da comunicação social das diversas unidades judiciárias do país, considerando a interferência que ela exerce na formação identitária desse poder e na relação do cidadão com o Sistema de Justiça, justamente pela sua capacidade de forjar identidades e de formar o chamado senso comum.

De fato, conforme estudos teóricos apontados pelo Conselho Nacional de Justiça (2010, p. 9), em uma sociedade complexa como a dos dias atuais, é reservado à comunicação um papel de crescente importância, diante da extraordinária influência que exerce no equilíbrio, no desenvolvimento e na expansão das organizações.

O desafio de efetivar um diálogo transparente entre os tribunais e a sociedade passa, certamente, por tornar a Justiça informativa e explicativa, mediante a formulação de atos acessíveis e compreensíveis, disponibilizando-se informações sobre o papel, as ações e iniciativas do Poder Judiciário, bem como sobre o andamento dos processos judiciais e administrativos, os dados orçamentários e de desempenho operacional.

Deve essa comunicação, ainda segundo o relatório do CNJ (2010, p. 10), ser pensada estrategicamente, como uma forma de impulsionar o Judiciário na conquista de melhores resultados. Deve-se, em outras palavras, buscar uma efetiva troca, o que envolve não apenas a tentativa de informar os usuários e influenciar a demanda pelos serviços jurisdicionais, mas também e, principalmente, a efetiva apreensão dos anseios sociais, no intuito de promover os necessários redimensionamentos e alterações das políticas em curso.

Esse tipo de comunicação estratégica exige minucioso planejamento, com uma abordagem sistêmica, coesa e alinhada, e não fragmentada. Daí exsurge a necessidade de uma verdadeira mudança cultural no Judiciário nacional, que tem tradição de atuar por meio de unidades compartmentadas, com pouca interação, e tende a encarar as áreas de comunicação como mais uma unidade de despesas ou custos (CNJ, 2010, p. 11).

Com o intuito de contribuir para a mudança dessa mentalidade e para o desenvolvimento de uma política nacional em prol da transparência e da democratização de informações no âmbito da Justiça brasileira, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 85/2009, alterada pela Resolução n. 326/2020, a qual criou o Sistema de Comunicação do Poder Judiciário (Sicjus), composto pela Secretaria de Comunicação Social do CNJ, na qualidade de órgão central, pelas Secretarias de Comunicação dos Tribunais Superiores, como órgãos de subsistema, e, na condição de órgãos operacionais, pelas Coordenadorias ou Unidades Administrativas de Comunicação Social dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Federais.

As normativas levam em consideração o papel estratégico das assessorias de comunicação, cujo surgimento e gradativo fortalecimento, a partir da década de 1980, contribuiu decisivamente para a profissionalização da comunicação no setor

público e para o aperfeiçoamento da coleta e do fornecimento de informações nos órgãos governamentais (CNJ, 2010, p. 11).

Partindo dessa premissa, a mencionada resolução apresenta os objetivos principais desse sistema integrado, incluindo “promover o Poder Judiciário junto à sociedade de modo a conscientizá-la sobre a missão exercida pela Magistratura”, o que implica otimizar a “visão crítica dos cidadãos a respeito da importância da Justiça como instrumento da garantia dos seus direitos e da paz social” (artigo 1º, inciso VI); bem como as diretrizes a serem observadas, com destaque para a necessária “atenção ao caráter educativo, informativo e de orientação social” das ações de comunicação (artigo 2º, inciso II) e para a “adequação das mensagens, linguagens e canais aos diferentes segmentos de público”, mediante a utilização de formas simples e acessíveis à população.

Como destacado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (2010), a ideia é que o processo de comunicação dos tribunais não mais se resuma, “única e exclusivamente, à produção de matérias, releases, vídeos ou campanhas” (p. 12), mas tenha como foco novas estratégias para alcançar os objetivos almejados. Isso demanda uma maior articulação intraorganizacional e institucional, com o envolvimento de todos os atores relevantes e a formação de uma coordenação centralizada, capaz de preservar “linguagem homogênea e integrada, em sintonia com a missão institucional e alinhada com as necessidades dos usuários” (pp. 10-11).

3. DIFICULDADES, ESFORÇOS E AVANÇOS NA ÁREA DA COMUNICAÇÃO

A leitura da Resolução 85, de 8 de setembro de 2009, e dos estudos levados a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, torna inafastável o pensamento de que, passados mais de 10 (dez) anos, a política de comunicação nos tribunais brasileiros parece ainda se encontrar num estágio incipiente de desenvolvimento, e de que há muito a ser feito nessa seara.

Entre as dificuldades mais relevantes citadas pela magistratura na pesquisa “Quem somos, a magistratura que queremos” (Questão 70 - VIANNA et al., 2018, p. 103), encontra-se a forma negativa com que a imprensa retrata, no geral, a atividade do(a) magistrado(a). Em contrapartida, observa-se que prepondera entre os juízes e juízas respondentes da pesquisa a visão de que “a divulgação de atos e decisões pela

imprensa contribui para a transparência do Poder Judiciário” (VIANNA et al., 2018, p. 110-111).

Como se vê, apesar de os membros do Judiciário reconhecerem o papel fundamental da imprensa numa democracia, a relação desse poder com a mídia apresenta-se essencialmente como problemática, sendo comuns, por exemplo, reclamações no sentido de que a atividade dos(as) juízes(as) não é adequadamente retratada nas matérias jornalísticas. Tais entraves fazem com que grande parte da magistratura opte por uma não comunicação, uma verdadeira reclusão ou isolamento que, embora provenham do receio da incompreensão e da intolerância alheias, parecem justamente intensificar esses resultados, já que, em muitas ocasiões, é passado ao público apenas um lado da história.

Nesse ponto é que ganha relevância um exercício de reflexão por parte dos próprios(as) magistrados e magistradas acerca da importância do relacionamento interpessoal e de se fazer ouvir, mas também acerca da melhor maneira de fazê-lo, sem desconsiderar os deveres éticos de comedimento, prudência e abstenção, e, nessa mesma perspectiva, atentando-se para a manutenção de uma imagem de independência e imparcialidade perante a sociedade.

Vivemos numa sociedade hiperconectada que possibilita, por meio das tecnologias digitais, tanto a disseminação mais rápida das informações como o seu registro imediato e cumulativo, o que faz com que as publicações sejam compartilhadas numa fração de segundos com milhares ou milhões de pessoas. Esse cenário, agravado pelos diversos mecanismos de incentivo à performance presentes na internet, que fazem com que os usuários procurem expressar publicamente opiniões ou sentimentos sobre todo e qualquer assunto que se coloque em pauta, e somado ao crescente interesse do público nas decisões judiciais, acaba por deixar juízes e juízas cada vez mais vulneráveis a toda sorte de ataques, o que torna evidente a necessidade de capacitação desses(as) profissionais e dos tribunais a que estão vinculados(as), tanto para evitar quanto para gerir eventuais situações de crise³.

Diante disso, novas abordagens e iniciativas dignas de nota têm surgido ao longo dos últimos anos, como a procura de diversos tribunais e escolas judiciais por cursos

3 Ainda que se reconheça a fundamental relevância da atuação das associações de classe, em muitos casos, as notas de apoio são vistas como simples corporativismo, num sentido negativo de defesa única dos interesses da categoria, em prejuízo aos interesses coletivos, não se revelando suficientes para contornar a falha existente na comunicação social.

de “media training” voltados ao aprimoramento das habilidades de comunicação verbal e não verbal de juízes e juízas, com o ensino de técnicas de interação com a imprensa e mecanismos tendentes a melhorar a apreensão da mensagem enviada aos interlocutores⁴.

De fato, tem crescido no Judiciário a preocupação em modernizar suas ferramentas. Destaca-se, nesse ponto, a ampla informatização dos serviços prestados, que recebeu relevante impulso a partir da pandemia do novo coronavírus, adversidade que passou a exigir, principalmente a partir de março de 2020, a adequação da força de trabalho às recomendações sanitárias de distanciamento social, com a implementação de trabalho remoto, sessões virtuais e atendimentos por videoconferência.

Ademais, observa-se, nos dias atuais, uma vasta utilização das mídias sociais pelos tribunais brasileiros para disponibilização de conteúdo relevante ao público⁵, o que representa uma mudança relevante, se considerado que o veículo até pouco tempo utilizado costumava ser exclusivamente o Diário Oficial.

Merece aplausos o desenvolvimento pelo Conselho Nacional de Justiça de um “Portal de Boas Práticas”⁶ elencando as iniciativas efetivadas pelos tribunais brasileiros que possuam potencial inovador e sejam passíveis de replicação em todo o País. Da mesma forma, é louvável a instalação, em diversos tribunais, de Laboratórios de Inovação e Inteligência voltados a promover uma gestão participativa, com troca de conhecimento entre magistrados(as), servidores(as) e usuários(as) do serviço jurisdicional.

Ainda no que diz respeito às expectativas de aproximar o Judiciário da sociedade, chamam a atenção os esforços no sentido de simplificar a linguagem utilizada pelos membros desse poder, tornando-a mais acessível à população em geral. Nessa perspectiva, destaca-se o recurso cada vez mais frequente dos operadores e

4 Cite-se, a título de exemplo, o treinamento recentemente oferecido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em parceria com a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Disponível em: <http://ejef.tjmg.jus.br/corso-media-training-relacionamento-de-magistrados-com-a-imprensa-modalidade-a-distancia-com-tutoria/>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

5 Desde o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal possui conta oficial no Twitter. Em 2010, tornou-se a primeira Suprema Corte do mundo a criar um canal no YouTube. Recentemente, o Tribunal criou um perfil oficial no TikTok, uma das redes sociais mais populares entre o público adolescente. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435509&ori=1> e <https://www.b9.com.br/147334/stf-conta-tiktok-combater-desinformacao-orgao/>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

6 <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2021

operadoras do direito às técnicas do “Legal Design” e do “Visual Law”, que podem ser resumidas como a aplicação dos conceitos do design aos serviços jurídicos mediante a priorização do ponto de vista dos(as) usuários(as) da lei, na pretensão de tornar o sistema em si mais humano, empático, direto e satisfatório ao público⁷.

4. A ORDEM DO SIMBÓLICO, A ORDEM DO IMAGINÁRIO E AS REFLEXÕES IMPOSTAS AO JUDICIÁRIO

Mesmo com todas as empreitadas levadas a efeito pelos tribunais, a impressão que fica, conforme salientado, é de que há ainda um longo caminho a ser percorrido na busca por uma efetiva aproximação da sociedade. Em verdade, o abismo existente entre Judiciário e cidadão parece aumentar a cada dia, o que pode ser encarado como um convite à reflexão sobre o (des)acerto das estratégias utilizadas.

É evidente que a opinião pública tem se tornado cada vez mais complexa e obtusa, dificultando a tarefa de qualquer pessoa ou instituição que procure se fazer entender. E é nesse cenário que se coloca ao Judiciário o imenso desafio de compatibilizar o propósito de se comunicar com o público com a sua função primordial, que é a de julgar os conflitos de acordo com a lei e o ordenamento jurídico, sem se deixar perder entre as armadilhas que envolvem a sua posição de destaque midiático na atual sociedade do espetáculo.

A questão posta remete à leitura feita por Eugênio Bucci (2019) sobre a comunicação institucional do Supremo Tribunal Federal, sob o aspecto das distinções entre a Ordem do Simbólico e a Ordem do Imaginário. Citando os estudos de Jacques Lacan (1998), Bucci esclarece que, “enquanto o Simbólico, pelo significante, barra e interdita, já que diferencia e demarca, o Imaginário seria o plano da identidade com o semelhante, o plano das fantasias do Sujeito” (2019).

Explica o professor que a *palavra* fincaria raízes na ordem do Simbólico, cuja função é dada pelas interdições, regras e limites que, em última análise, tornam possíveis as civilizações. Por sua vez, a *imagem* se inscreveria na ordem do Imaginário, na qual se fazem mais perceptíveis as crenças, diversões e prazeres psíquicos.

E prossegue:

⁷ A compreensão do conceito pode ser aprofundada com a leitura do livro *Law by Design*, de Margaret Hagan, disponível em <https://www.lawbydesign.co/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

(...) a separação entre o lícito e o ilícito, entre o legal e o ilegal, entre o que a lei consagra e o que a lei veda resulta de operações da linguagem que têm lugar claríssimo na Ordem do Simbólico. É por palavras que a lei se manifesta e é, também, por palavras, que a interpretação da lei se converte, nos tribunais, em decisão judicial. O Judiciário opera, enfim, pela palavra, sendo, por natureza, avesso ao Espetáculo (BUCCI, 2019).

Vê-se, portanto, que é no campo do Simbólico que têm parte a lei e a Justiça, ao passo que as atrações da indústria do entretenimento são comercializadas no campo do Imaginário. Embora ambas as ordens sejam inseparáveis, emaranhadas, Bucci (2019) desconfia que, nos dias atuais, a ordem do Imaginário estaria hipertrofiada, avançando, inclusive, sobre espaços pertencentes à ordem do Simbólico.

É nesse aspecto que o autor se questiona se o Judiciário, e em especial o STF, ao procurar emprestar a si próprio “ares de entretenimento, de leveza imagética ou de performance publicitária”, não teria ido “longe demais a ceder às pressões do poder midiático”, aderindo aos “caprichos da tirania da imagem”. Nessa mesma toada, ele lança o questionamento: “Quando a autoridade judicial vai por aí, será que ela não se perde de seu lugar?”, ou seja, não deveria a autoridade judicial tentar se distanciar, se distinguir do Espetáculo, que é “a ordem do imaginário potencializada pela superindústria cultural, do entretenimento e das tecnologias a seu serviço?” (BUCCI, 2019).

Para o professor, a resposta a ambas as questões é positiva. Aliando-se à crítica feita por Badin (2018), ele entende que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro pecaria justamente pelo excesso de exposição de seus membros, cuja altíssima visibilidade acabaria por ocasionar uma verdadeira espetacularização dos julgamentos e, conseqüentemente, um desgaste na imagem do tribunal, além de um enfraquecimento do colegiado em comparação às posições individuais.

Levando em conta os argumentos levantados, cabe, a nosso sentir, a cada juiz e juíza e membro de tribunal promover uma reflexão sobre os caminhos a serem percorridos enquanto representantes de uma instituição responsável pela distribuição da justiça. Parece-nos que o desafio ora imposto ao Poder Judiciário é o de encontrar sua voz e de aprimorar seu discurso de maneira que não ignore as mudanças culturais do nosso tempo, marcado pela supervalorização da imagem e pela autoexposição,

mas preservando a necessária impessoalidade e distância em relação a essa tendência de espetacularização dos fenômenos da vida, mantendo uma certa reserva em relação ao totalitarismo do “imaginário superindustrial” (BUCCI, 2019).

Aqui é que se faz gritante a essencialidade dos órgãos de assessoria de comunicação dos tribunais, já que a eles cabe exercer essa interlocução com a sociedade, preservando a imagem do(a) julgador(a). Nesse ponto, seria interessante focalizar no incentivo a esses setores e na capacitação de seus profissionais, para que possam exercer a contento a função de explicar ao público, em linguagem acessível e com ampla divulgação nos meios disponíveis, os fundamentos fáticos e jurídicos das decisões de maior complexidade ou de grande repercussão, preferencialmente com um suporte teórico simplificado dos institutos jurídicos que, em geral, são tão pouco compreendidos pelo cidadão comum.

O que não se deve esquecer é que o mais importante para se atingir a tão necessária confiança do público no sistema de Justiça é efetivamente a melhoria desse sistema, o constante aperfeiçoamento dos seus integrantes e de sua estrutura, a fim de aumentar o acesso à Justiça e de afastar as máculas que tanto prejudicam a adequada prestação jurisdicional. Os esforços no sentido de desenvolver uma comunicação mais efetiva com a sociedade, portanto, devem ser complementares e adequados ao papel reservado à magistratura, cuja legitimação democrática se dá através da argumentação racional de suas decisões, e não da fama ou do prestígio nutrido perante as multidões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das pesquisas recentemente publicadas em torno da realidade atual do Poder Judiciário, é possível extrair dados relevantes para o desenvolvimento estratégico de planejamentos voltados à melhoria da comunicação desse poder com a sociedade.

Fatores como o crescimento da litigiosidade no Brasil, com o número de processos aumentando ano após ano; o maior protagonismo do Poder Judiciário desde a democratização advinda da Constituição Federal de 1988; e, ainda, o desenvolvimento tecnológico e a globalização, que tanto afetaram as relações sociais, acrescentando um dinamismo à vida contemporânea que dificilmente seria acompanhado pelos procedimentos estatais, têm desafiado o Sistema de Justiça a

buscar novos caminhos para recuperar a confiança da sociedade, entendida como fundamental num Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Conforme apurado nas pesquisas mencionadas, um entrave existente na concretização desse objetivo tem sido a incompreensão de grande parte da população acerca do papel do Judiciário e de seu funcionamento no sistema político, o que, em parte, pode ser atenuado pelo desenvolvimento de uma política eficiente de comunicação social por parte dos próprios tribunais. Nessa empreitada, é indispensável a atuação coordenada, coesa e, portanto, inovadora do Poder Judiciário, primando por métodos descomplicados e transparentes, a fim de desenvolver diálogos interinstitucionais saudáveis e construtivos.

Para tanto, iniciativas tendentes a modernizar os serviços judiciários são bem-vindas, assim como aquelas voltadas ao aprimoramento da comunicação e do relacionamento com a imprensa. O que, a nosso sentir, não pode ser desprezado é a necessidade de reserva e máxima impessoalidade dos julgadores e julgadoras, cuja função se acha inserida na ordem do Simbólico, sendo, por isso, avessa às arenas do entretenimento e do Espetáculo que ocupam o campo do Imaginário.

Nessa seara, revelam-se de extrema importância os projetos dedicados ao fortalecimento dos setores de comunicação dos tribunais, que devem operar de maneira articulada, coordenada e próxima de todos os atores relevantes, com linguagem homogênea e, principalmente, sintonizada com as necessidades dos usuários.

Ainda que a aproximação entre Judiciário e sociedade deva ser pensada estrategicamente e buscada com afinco, não se pode olvidar que o atingimento desse objetivo passa menos pela divulgação publicitária dos feitos desse poder e mais pelo efetivo cumprimento de sua missão constitucional, mediante a justa e fundamentada aplicação da lei aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Eugênio. **Dissonâncias estruturais na comunicação do Poder Judiciário no Brasil**: perguntas. MATRIZES, v. 13(2), p. 45-60, 2019. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/155199>. Acesso em: 12 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Gestão da Comunicação nos Tribunais**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Série CNJ Acadêmico; Brasília, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução 85**: Dispõe sobre a Comunicação Social no âmbito do Poder Judiciário. DJE/CNJ nº 157/2009, de 17/09/2009, p. 2-4. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/98>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução 326: **Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça**. DJE/CNJ nº 201, de 30/06/2020, p. 10-27. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>. Acesso em: 09 fev. 2021.

GLOBAL Barometer Surveys. **Exploring Support for Democracy Across the Globe**. Report On Key Findings. June 2018. Disponível em: <https://www.globalbarometer.net/FileServlet?method=DOWNLOAD&fileId=1532652452008.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

HAGAN, Margaret. **Law by Design**. Disponível em: <https://www.lawbydesign.co/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 09 fev. 2021.

NAÇÕES UNIDAS (ONU) - Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução: Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Conselho da Justiça Federal, Brasília-DF, 2008.

PEW Research Center. **Many across the globe are dissatisfied with how democracy is working**. For release. April 29, 2019. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/global/2019/04/29/many-across-the-globe-are-dissatisfied-with-how-democracy-is-working/>. Acesso em: 09 fev. 2021.

PINTO, Esdras Silva & GABRIEL, Anderson de Paiva. **O Futuro da Justiça: Prestação Jurisdicional Efetiva e em Tempo Razoável**. In: FILHO, Durval Augusto Rezende [et al.]. **Magistratura do Futuro**, Brasília: Editora JC, 2020.

PORTO, Noemia. **O Desafio da Relação Sincrônica entre Poder Judiciário, Sociedade e Democracia: O Olhar de Dentro da Magistratura Brasileira**. In: FILHO, Durval Augusto Rezende [et al.]. **Magistratura do Futuro**, Brasília: Editora JC, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Almedina, Coimbra, Portugal, 2014. E-book Kindle.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos, a magistratura que queremos**. Brasília: PUC-Rio, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

**ASPECTOS DOGMÁTICOS DO INCIDENTE DE
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
UMA ANÁLISE PRELIMINAR DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO
INCIDENTE**

***DOGMATIC ASPECTS OF THE LEGAL PERSONALITY DISREGARD
INCIDENT: A PRELIMINARY ANALYSIS OF THE PRACTICAL
APPLICATION OF THE INCIDENT***

Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra

Advogada formada pela FDR – UFPE

Membro da Comissão da Mulher Advogada
da OAB/PE – Jaboatão dos Guararapes

RESUMO: O presente trabalho se propõe a avaliar aspectos dogmáticos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e seus desdobramentos em casos práticos. Dentre os aspectos processuais, serão tratados o contraditório, o caráter incidental, a competência, a suspensão do processo principal, a natureza da decisão que julga o incidente e a abrangência do incidente para outras responsabilizações de terceiros. Assim, busca-se despertar provocações de questões ainda não respondidas pela legislação nem pela jurisprudência.

ABSTRACT: *This work proposes to evaluate dogmatic aspects of the incident of disregard of the legal personality and its consequences in practical cases. Among the procedural aspects, the adversary system, the incidental nature, the competence, the suspension of the main proceedings, the nature of the decision that judges the incident and the scope of the incident for other third-party liability will be dealt with. Thus, it seeks to arouse provocations of questions not yet answered by legislation or jurisprudence.*

INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica corresponde ao instituto de direito material que surge como uma via para coibir os abusos decorrentes de desvios de finalidade na personalidade jurídica¹. Em outras palavras, o instrumento destina-se a suprimir o privilégio da limitação da responsabilidade.²

A história das relações econômicas demonstrou que o uso das pessoas jurídicas e a consagração do princípio da autonomia patrimonial podem dar ensejo a abusos. Empresários maliciosos, não raro, utilizavam-se das mais variadas artimanhas para fraudar seus credores, usando a personalidade jurídica e beneficiando-se da separação patrimonial como um verdadeiro escudo protetor contra os ataques ao seu patrimônio pessoal.

Sendo assim, com a clara finalidade de salvaguardar o princípio da autonomia patrimonial, evitando o seu uso abusivo e deturpado, formulou-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a qual deveria ser aplicada quando se constatasse o uso abusivo da personalidade jurídica em detrimento de seus credores³.

Desse modo, por meio da referida teoria, é possível, diante de abusos, acarretar a superação da personalidade jurídica ou “disgard of legal entity”, com o fim exclusivo de atingir patrimônio dos sócios envolvidos, fenômeno esse também conhecido como penetração⁴.

Destaca-se, inclusive, que a desconsideração pode se apresentar em duas modalidades: (i) em sentido estrito, que atinge o sócio para fazê-lo responder pelos deveres e obrigações da sociedade; e (ii) a desconsideração (ou penetração) inversa:

1 “Não é difícil supor o uso dessa ferramenta para finalidades pouco decorosas, que passam ao largo dos fins para os quais ela foi concebida” – GANACIN, João Cánovas Bottazzo. **Desconsideração da personalidade jurídica no Processo Civil**. São Paulo: Thoomson Reuters Brasil, 2020. p.37.

2 WARDE JÚNIOR. Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 189

3 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 811.

4 NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial**: estudo unificado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

atinge-se o patrimônio da sociedade, utilizando-o para responder pelas dívidas do sócio⁵.

Na realidade do Judiciário brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica já é antiga, fazendo-se presente muito antes de o Código de Processo Civil regulamentar o seu procedimento. Como exemplo, é possível citar tal previsão no âmbito do direito do consumidor, na Lei dos Crimes Ambientais, no Código Civil de 2002⁶.

Por sua vez, na versão de 2015 do Código de Processo Civil, é inaugurada⁷ a formalização processual do procedimento para efetivar a aplicação da teoria em voga, surgindo, assim, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

5 TALAMINI, Eduardo. **Incidente de desconsideração de personalidade jurídica**. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/234997/incidente-de-desconsideracao-de-personalidade-juridica> Acessado em 28/12/2020, às 17h17.

6 OSNA, Gustavo. **Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica: Uma Análise Preliminar**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 6, p. 637-680, 2016. p. 648.

7 ALMEIDA, Eduardo Vieira de e VAUGHN, Gustavo Fávero. **A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em grau recursal**. Revista dos Tribunais, vol. 85, Jan / 2018. p. 151.

(IDPJ)^{8,9}. Nesse sentido, os dispositivos 133 ao 137¹⁰ do CPC/2015 se dedicam exclusivamente a tratar do referido incidente.

Tal formalização é fundamental para envolver de maneira mais profunda e específica o instituto nas garantias oriundas do processo, entendido como método indispensável para a manifestação da vontade do Estado¹¹. Em outras palavras, trata-se de uma questão de segurança jurídica que é promovida pela formalização do procedimento (IDPJ) para a superação da limitação da responsabilidade.

Assim, o CPC/2015 representou um avanço e uma melhoria para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, apesar dos benefícios inerentes à positivação do referido instituto, também se identificam desafios.

A forma como foram conduzidos determinados aspectos procedimentais suscitam debates e até mesmo dúvidas sobre a aplicação desse instituto, demandando, assim, estudos sobre seus aspectos dogmáticos.

8 OSNA, Gustavo . Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica - Uma Análise Preliminar. Revista Jurídica Luso-Brasileira , v. 6, p. 637-680, 2016. p. 642.

9 O referido incidente não cria critérios, requisitos, pressupostos, condições que caracterizem ou justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica. Trata apenas do procedimento a ser adotado, a fim de se resguardar o contraditório na inserção de um terceiro no processo. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 577)

10 Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm acessado em 12/01/2021, às 16h32.

11 Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** : teoria geral do direito processual civil, vol. 1 / Cassio Scarpinella Bueno. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 91

1. DOS ASPECTOS DOGMÁTICOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1. Da denominação “incidente”

No regramento procedimental, o Código não foi assertivo ao utilizar o termo “incidente”. Isso porque não se pode compreender ao certo, pela leitura fria do texto legal do art. 133 do CPC/2015, que se trata de mero incidente dentro dos próprios autos do processo ou de uma nova demanda¹².

O entendimento a ser adotado acerca da natureza do instituto repercute diretamente na forma como o procedimento será conduzido. Isso porque o próprio CPC atribui tratamentos distintos a questões incidentais e a novas demandas.

Dessa forma, é fundamental entender o que a doutrina e os tribunais têm desenvolvido acerca da questão, bem como as implicações práticas de adotar cada uma das modalidades.

Um exemplo disso está na suspensão do processo prevista no art. 134, §3º, do CPC. Observe-se a reflexão de Gelson Amaro de Souza a respeito da questão:

[...] [f]osse um processo só, como mero incidente em seu bojo, não poderia haver esta suspensão, porque se suspenso o único processo, qualquer incidente em seu interior também será suspenso e nunca se chegará à solução alguma. Só se pode falar em suspensão de um processo por outro se este for instaurado em separado com outra autuação e não em simples incidente interno do mesmo. Suspendendo o processo, por consequência, suspenso estará o mais que dele consta internamente, inclusive os seus incidentes¹³

Por outro lado, quanto à existência de sucumbência, tem-se entendido pelo descabimento da condenação nos ônus sucumbenciais decorrente da ausência

12 ALMEIDA, Eduardo Vieira de. e VAUGHN, Gustavo Fávero. **A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em grau recursal**. In Revista dos Tribunais - vol. 85/2018. p. 145 – 166. Jan / 2018. p. 149.

13 SOUZA, Gelson Amaro de. Desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015. Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, v. 255, 2016.

de previsão legal excepcional, sendo irrelevante apurar quem deu causa ou foi sucumbente no julgamento final do incidente¹⁴.

A partir da breve análise desses dois aspectos exemplificados, é possível perceber a contradição na abordagem do incidente da desconsideração da personalidade jurídica. Ora, apreciando os dois pontos, em tese, para suspender o processo pelo incidente, ele é entendido como nova demanda, como processo incidental. Por outro lado, diferentemente dos demais processos, não tem condenação em custas.

Dessa forma, nota-se uma incongruência nesse aspecto incidental, que precisa ser esclarecido para uniformizar a aplicação do instituto.

Outro desdobramento do tema é justamente a respeito da questão da competência, como será desenvolvido a seguir.

1.2. A natureza da decisão que acolhe o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ)

Ao realizar uma breve análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nota-se que a decisão que dele decorre tanto pode se enquadrar na natureza declaratória – “declara como responsável pela dívida aquele atingido para além do manto da personalidade jurídica” – , como também pode-se dizer que se trata de uma decisão condenatória, visto que a responsabilização de outrem implica na sua condenação – “condena a arcar com a dívida aquele atingido para além do manto da personalidade jurídica”.

Essa diferenciação implica os efeitos em si da própria decisão¹⁵. A partir desse viés, destaca-se inclusive o desdobramento referente à formação de um novo título.

Tais aspectos geram implicações diretas em futura adequação para sua posterior execução. Desse modo, necessitam ser bem estabelecidas, de maneira que esteja clara para as partes a natureza de cada uma das decisões, tanto a da demanda principal como a do incidente em questão.

14 STJ. AgInt nos EDcl no REsp 1767525/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO e STJ. AgInt no AREsp 1642321/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020.

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “**Reflexões Críticas sobre uma teoria da condenação civil**”, in Temas de Direito Processual Civil – 1a Série, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 72

Para tanto, faz-se imprescindível o estudo do tema, para garantir a adequada efetivação do incidente por meio das medidas cabíveis à sua natureza para posterior execução.

2. DAS QUESTÕES PRÁTICAS REFERENTES AOS ASPECTOS DOGMÁTICOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1. Da competência dos tribunais

Com base no texto legal, é possível constatar a autorização normativa para que seja instaurado o incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial¹⁶.

Ocorre que o normativo fica silente quanto a barreiras inerentes ao próprio ordenamento jurídico para a efetivação do normativo no que tange à competência.

É importante ressaltar que a Constituição é responsável por estabelecer as competências dos tribunais no país. Assim sendo, firma categoricamente a sua competência recursal e originária. Nesse sentido, implica o impeditivo da realização de demanda instrutória pelos tribunais, sob pena de ferir o princípio do juiz natural¹⁷.

Assim, resta o questionamento referente a como proceder, por exemplo, nos casos em que a demanda se encontra em sede de recurso especial ou extraordinário, no STJ¹⁸ ou no STF¹⁹, respectivamente.

O incidente pode ser apresentado diretamente ao STJ ou ao STF? Como se sabe, os tribunais superiores têm competência limitada, devendo obedecer aos filtros de

16 Art. 134. O incidente de desconSIDERAÇÃO é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm acessado em 12/01/2021, às 16h32.

17 ALMEIDA, Eduardo Vieira de. e VAUGHN, Gustavo Fávero. A instauração do incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica em grau recursal. *In* Revista dos Tribunais - vol. 85/2018. p. 145 – 166. Jan / 2018. p. 152.

18 STJ. Verbete da súmula 7. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf Acessado em 16/01/2021, às 8h.

19 STF. Verbete da Súmula 279. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174> Acessado em 16/01/2021, às 8h05.

admissibilidade a eles impostos. Sendo assim, resta a dúvida de compatibilização entre o procedimento instrutório inerente ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica – com autorização a ser instaurada a qualquer tempo – e os limites da competência dos órgãos jurisdicionais em suas respectivas instâncias.

2.2. Da abrangência da defesa referente ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

O texto legal também silencia no que se refere à abrangência da defesa inerente à parte convocada a partir do incidente. Assim, é debatido se seria possível ou cabível a defesa do sócio, por exemplo, tratando do mérito da demanda principal.

Haveria cerceamento de defesa ao condenar outrem referente à demanda da qual ele não participou?

Dessa questão, emergem diversos posicionamentos, tanto favoráveis ao contraditório majorado – sócio se manifestar sobre a matéria principal²⁰ – como àqueles que limitam o contraditório do incidente estritamente aos seus requisitos²¹.

Diante desse cenário, percebe-se que, além de não regulamentada em lei, a questão não está pacificada. Por sua vez, a temática em foco é de extrema importância e diz respeito à garantia constitucional.

Desse modo, para a regularidade da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é fundamental o estudo para definir a adequada incidência do contraditório.

2.3. Suspensão do processo principal – responsabilização antes da condenação do devedor principal

Outro aspecto que merece análise é com relação ao impacto da suspensão na demanda. Isso porque, uma vez havendo a suspensão em fase de conhecimento,

20 DIDIER JR. Fredie. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In. DIDIER JR. Fredie. MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2005. p.155.

21 TALAMINI. Eduardo. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/234997/incidente-de-desconsideracao-de-personalidade-juridica> Acessado em 28/12/2020, às 17h17.

o que vem a ocorrer é que a responsabilização decorrente do incidente precede a própria condenação principal.

Essa sequência, em caso de improcedência da demanda principal, torna vazio todo o procedimento referente ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, haja vista que não há sequer que se falar em condenação.

A partir desse breve exemplo, é possível constatar que, na prática, nem sempre a garantia é o efeito que prepondera na suspensão. No caso problematizado acima, a suspensão afetou a celeridade. Dessa forma, o estudo é necessário para a análise das implicações da suspensão nos casos concretos. Deve ela incidir em todos os casos e a qualquer tempo?

3. DA ABRANGÊNCIA DO IDPJ AOS DEMAIS CASOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DE TERCEIROS

Outro tópico de relevante abordagem quanto ao referido incidente corresponde justamente a avaliar a possibilidade de o procedimento do IDPJ – voltado a superar os limites patrimoniais estabelecidos na personalidade jurídica (teoria da desconconsideração da personalidade jurídica) – poder, também, ser aplicado a outros casos de responsabilização de terceiros²².

Por exemplo, no caso de responsabilização do tabelião pela ausência de recolhimento de algum tributo²³. Nessa hipótese, não há o que se falar em personalidade jurídica a ser superada, entretanto, ele tem a raiz comum à teoria da desconconsideração pelo fato de responsabilizar um terceiro²⁴.

22 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 579.

23 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; (BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172/1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm, acessado em 17/01/2021 às 15h)

24 O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica “se qualifica como uma intervenção de terceiro, justamente porque se concretiza aí o ingresso de um terceiro no processo, que passará, caso proclamada a desconconsideração, a ostentar a qualidade de parte”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p 576.)

Assim, questiona-se se seria adequado aplicar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica a procedimentos que, com base em outros fundamentos, também responsabilizem terceiros.

CONCLUSÕES

Ao longo do texto, foram explorados alguns enfoques acerca dos aspectos dogmáticos do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica que demonstraram a vagueza de alguns pontos do regramento do referido incidente, tanto no que se refere à natureza de seus institutos, como também no que concerne ao desdobramento da sua aplicação prática.

Outra questão suscitada é a possibilidade de o IDPJ, em razão da sua regulamentação, poder ser estendido a outras responsabilizações de terceiros, o que é uma via a ser estudada que pode possibilitar mais segurança jurídica aos demais procedimentos e potencializar a aplicação do regramento do IDPJ no ordenamento jurídico brasileiro, intensificando a importância do referido incidente.

Por se tratar de um tema ainda incipiente no ordenamento jurídico, é normal que haja lacunas. Por isso, tamanha a importância de trazer as questões referentes a ele ao debate para que sejam expostas, conhecidas e estudadas, a fim de que sejam encontradas soluções e, por conseguinte, para que a aplicação do referido instituto seja cada vez mais aprimorada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eduardo Vieira de e VAUGHN. Gustavo Fávero. **A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em grau recursal**. Revista dos Tribunais, vol. 85, Jan / 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172/1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm

Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil : teoria geral do direito processual civil**, vol. 1 / Cassio Scarpinella Bueno. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

DIDIER JR. Fredie. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In. DIDIER JR. Fredie. MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2005

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. **Desconsideração da personalidade jurídica no Processo Civil**. São Paulo: Thoomson Reuters Brasil, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “**Reflexões Críticas sobre uma teoria da condenação civil**”, in Temas de Direito Processual Civil – 1ª Série, São Paulo, Saraiva, 1977

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial**: estudo unificado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OSNA, Gustavo . **Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica**: Uma Análise Preliminar. Revista Jurídica Luso-Brasileira , v. 6, p. 637-680, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Gelson Amaro de. Desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015. Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, v. 255, 2016

STF. Verbete da Súmula 279. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174> Acessado em 16/01/2021, às 8h05.

STJ. AgInt nos EDcl no REsp 1767525/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO e STJ. AgInt no AREsp 1642321/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020

STJ. **Verbetes da súmula 7**. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf Acessado em 16/01/2021, às 8h.

TALAMINI. Eduardo. **Incidente de desconsideração de personalidade jurídica**. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/234997/incidente-de-desconsideracao-de-personalidade-juridica>

WARDE JÚNIOR. Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios**: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A RELAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS

THE RELATION OF PERSONALITY RIGHTS TO FUNDAMENTAL RIGHTS AND HUMAN RIGHTS

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutor em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz federal. Professor universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da Capes, delegado de Polícia Federal, procurador do Banco Central do Brasil, defensor público federal, diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e diretor acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-

graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde
leciona Direito Civil.

RESUMO: O presente artigo analisa a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos, assunto que gera muita confusão entre os operadores do direito. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. O estudo se inicia com a busca da fundamentação dos direitos humanos, temática que coloca em contraposição o jusnaturalismo e o positivismo. Em seguida, o texto examina sistematicamente as distinções entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos, demonstrando que, apesar de muitas semelhanças, esses direitos não se confundem. A partir da constitucionalização do direito civil, analisa-se o surgimento e o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que cria uma relação bastante singular com os direitos da personalidade. Por fim, estuda-se em que situações e como a teoria da eficácia horizontal deve ser aplicada.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Constitucionalização. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: *This article examines the relation of personality rights to fundamental rights and human rights, a subject that generates a lot of confusion among the legal operators. This is a research that uses descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential and legislative research. The study begins with the search for the foundation of human rights, a theme that puts jusnaturalism and positivism in opposition. Then, the text systematically examines the distinctions among the personality rights, fundamental rights and human rights, demonstrating that despite many similarities, these rights are not confused. Based on the constitutionalization of civil law, is analyzed the emergence and development of the horizontal effectiveness theory of fundamental rights, which creates a very unique relation with the rights of the personality. Finally, the paper studies in which situations and how the theory of horizontal effectiveness should be applied.*

Keywords: *personality rights; fundamental rights; human rights; constitutionalization; neoconstitutionalism.*

INTRODUÇÃO

A proteção da pessoa atualmente se realiza tanto no âmbito internacional como no interno. Ocorre que, dependendo da perspectiva de análise, isto é, ao se considerar principalmente os fatores tempo e espaço, essa proteção recebe diferentes denominações.

As denominações mais comuns dadas aos direitos que tutelam a pessoa são, entre outras: “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos inatos”, “direitos essenciais da pessoa”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos de humanidade”, “direitos personalíssimos” e “direitos da personalidade”. A nomenclatura apresenta variação tanto na doutrina como nos diplomas nacionais e internacionais.

Muitas vezes, essas diferentes designações encontram fundamento justamente na diversidade da tutela concedida ao ser humano. Contudo, há também expressões que denominam o mesmo grupo de direitos, o que tem gerado muitas dificuldades para os operadores do direito, que precisam conhecer cada uma dessas denominações, bem como o seu âmbito dentro do ordenamento jurídico.

Assim sendo, é imprescindível a distinção dos direitos da personalidade, que são o objeto do presente estudo, de outras categorias afins, em especial aquelas que encontram fundamento no direito constitucional e no direito internacional, o que garantirá uma maior precisão técnico-jurídica. Para tanto, a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada precipuamente na investigação da doutrina, dos textos normativos e da jurisprudência.

O alcance dos objetivos do presente trabalho também depende de uma breve análise de algumas das teorias que objetivam fundamentar os direitos humanos, visto que muitos autores procuram utilizar essas mesmas teorias para a fundamentação dos direitos da personalidade.

Ademais, além de objetivar distinguir os direitos da personalidade de outras categorias jurídicas e de apresentar as relações existentes entre esses direitos, o texto também analisa brevemente, partindo da constitucionalização do direito civil, o surgimento e o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, pugnando pela adoção de uma de suas vertentes.

1. A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tradicionalmente, afirma-se que os direitos humanos (ou do homem) buscam fundamento no direito natural, isto é, são direitos derivados da própria natureza do homem, inerentes ao ser humano, que “por isso mesmo são comuns a todos os homens” e válidos em todos os tempos e lugares¹.

Para a concepção jusnaturalista, os direitos humanos subsistem independentemente do seu reconhecimento pelo direito positivo, derivando da própria natureza humana. São direitos anteriores ao Estado, que se encontram em plano superior, acima do ordenamento estatal e em sua base². Por isso, esses direitos devem ser respeitados, reconhecidos e protegidos pelo Estado por meio do direito positivo³.

A utilização do direito natural⁴ como fundamento dos direitos humanos, como se derivados fossem da natureza do homem, sempre foi muito combatida pelo positivismo. Orlando Gomes há muito tempo já indicava que a qualificação desses direitos a partir do vetusto jusnaturalismo não pode ser mais admitida pela doutrina moderna⁵.

Nesse contexto, opondo-se ao jusnaturalismo, a concepção positivista vê os direitos do homem como faculdades outorgadas e reguladas pela lei. Essa tese faz então prevalecer a fonte do direito, diferentemente do jusnaturalismo, que coloca em evidência o conteúdo do direito⁶. Partindo do positivismo, conforme é defendido por De Cupis, pode-se afirmar que os direitos da personalidade existem apenas e na

1 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 50.

2 CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 27-28.

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38-39.

4 Segundo Jorge Miranda, as expressões “direitos inatos”, “direitos naturais” ou “direitos originários” são próximas do termo “direitos do homem”; no entanto, elas apresentam uma concepção jusnaturalista e individualista ainda mais vinculada, bem como não são tão utilizadas atualmente como eram no passado, já que hoje se prefere o uso da designação “direitos do homem” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 52).

5 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

6 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 422.

medida em que a lei os reconhece⁷. Não é outro o posicionamento de Lotufo, que se alinha à corrente que defende a natureza positiva dos direitos da personalidade⁸.

Entretanto, os autores atualmente têm apontado a tendência de superação das vertentes tradicionais dessas teorias, o que tem dado espaço a um fundamento histórico⁹.

De acordo com Bobbio, toda pesquisa sobre um fundamento absoluto dos direitos humanos é, enquanto tal, infundada, haja vista, em primeiro lugar, que a expressão “direitos do homem” é muito vaga:

A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização¹⁰.

Além da vagueza, Bobbio assevera que os direitos do homem são uma classe variável, bastando uma análise da história do homem para que se constate que, no decorrer do tempo, muitos direitos foram incluídos, ou excluídos do rol dos direitos

7 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 14-15.

8 LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 54.

9 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 161.

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 37.

inerentes à natureza humana, isso sem falar naqueles que sofreram transformações fundamentais, como o direito de propriedade¹¹. E não poderia ser diferente, já que no campo filosófico sabe-se, desde Heráclito, que a imutabilidade não é atributo das coisas deste mundo¹².

Argumenta ainda o jurista italiano que a classe dos direitos do homem é heterogênea, visto que há pretensões muito diversas entre si e, muitas vezes, até mesmo incompatíveis. Por isso, “não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender”¹³.

Fábio Konder Comparato obtempera, em relação à argumentação de Bobbio, que: a) todos os direitos e não apenas os fundamentais são historicamente relativos, pois sua fonte primária é a pessoa humana, um ser essencialmente histórico; b) da mesma forma que ainda não se encontrou uma definição rigorosa de direito humano, também não se chegou a apresentar uma definição precisa e indiscutível do que seja direito; c) não causa surpresa a heterogenia e complexidade dos direitos humanos, visto que os próprios direitos subjetivos são dotados de ampla heterogenia e complexidade¹⁴.

De qualquer forma, fica evidente, pela leitura dos referidos autores, que os direitos humanos sofreram alterações no decorrer de seu processo evolutivo, sendo certo que tais modificações não decorrem da variação da natureza do ser humano, mas simplesmente de mudanças das condições políticas, econômicas, culturais, sociais etc., ou seja, dos valores que regem a vida do homem em sociedade. Assim, o “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, o que, por si só, já afasta a ideia jusnaturalista da existência de direitos naturais do homem¹⁵.

11 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

12 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 93.

13 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 39.

14 COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020, p. 6-7.

15 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 38.

Ademais, as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, vêm dando espaço à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos¹⁶.

Na mesma linha pontifica Pietro Perlingieri, asseverando que a pessoa humana e seus direitos fundamentais são valores adquiridos, não decorrendo do direito natural. De fato, nas constituições estão contidos princípios éticos que devem ser interpretados evolutivamente de acordo com as modificações dos valores ético-políticos da comunidade, o que afasta a ideia de direitos que decorrem da própria natureza do ser humano¹⁷.

Com efeito, o melhor modo de justificar os valores encontrados nos direitos do homem está no fundamento histórico e não na natureza humana, uma vez que, enquanto uma invenção humana, eles estão em constante processo de construção e reconstrução¹⁸.

Assim sendo, a historicidade desses direitos, verdadeiros direitos conquistados, superou a opção pelo reconhecimento de que eles são inerentes à natureza humana¹⁹. Na mesma linha, é certo que a própria noção de personalidade não pode ser determinada de forma vinculante, pois se trata de um conceito condicionado às concessões e às experiências do momento histórico e da cultura jurídica²⁰.

Em arremate, hodiernamente, mais importante que fundamentar os direitos humanos é protegê-los, pois, ao lado dos bons motivos filosóficos, é imprescindível, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis²¹ que permitam a sua real proteção.

16 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

17 PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 79, jul./set. 2007.

18 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: DE PAULA, Alexandre Sturion. *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006, p. 214.

19 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

20 BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 153-154.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina e a jurisprudência tratam muitas vezes as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou “do homem”) como se tivessem o mesmo sentido. A despeito disso, em uma análise mais acurada, percebe-se que as referidas locuções não são sinônimas²².

Em direito internacional, sobretudo nas “declarações de direitos”, são usados normalmente os termos “direitos humanos” ou “direitos do homem”.

Nos principais documentos internacionais reconhecidos pelo Brasil são empregadas justamente as referidas expressões, senão vejamos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); b) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969).

Não obstante o reconhecimento pelo direito internacional, isso não significa que esses direitos foram internalizados por todos os ordenamentos jurídicos existentes, o que demonstra que neles são mais imediatos os imperativos da consciência ética, mesmo porque, como exposto anteriormente, a sua fundamentação é histórica.

Nesse sentido, apesar da menção à fundamentação jusnaturalista, ensinam Mendes, Coelho e Branco que a expressão direitos humanos ou direitos do homem “é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular”²³.

Outrossim, a tutela dos direitos do homem nem sempre encontra mecanismos de implementação, sendo que, quando isso ocorre, geralmente não é possível o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais²⁴. Há ainda casos em que a tutela internacional apenas é possível após o esgotamento de todos os mecanismos disponibilizados pela ordem jurídica interna.

22 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

24 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 215.

No âmbito do direito constitucional, por outro lado, prefere-se a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos reconhecidos pela Constituição, que garantem a toda pessoa uma esfera de ação própria protegida de violações por parte das autoridades públicas²⁵. São direitos previstos constitucionalmente, no plano do direito positivo, que tutelam as pessoas perante o Estado²⁶, o que foi acolhido pela Constituição Federal de 1988, a qual trata no seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”²⁷.

A locução também é consagrada por outros Estados, entre os quais podemos destacar: a) a Constituição portuguesa de 1976, que prevê no art. 12 e seguintes os “Direitos e Deveres Fundamentais”; b) a Constituição da Suíça, a qual fala no Capítulo 1 do seu Título 2 em “Direitos Fundamentais” (*Grundrechte*); c) a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), que dispõe em seu Título 1 sobre “Os Direitos Fundamentais” (*Die Grundrechte*); d) e a Constituição da República de Cabo Verde, que cuida em sua Parte II dos “Direitos e Deveres Fundamentais”.

Ainda, é digno de nota que, não obstante a existência de antecedentes, foi a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar) que deu notoriedade à expressão “direitos fundamentais” (*Grundrechte*), dedicando-lhes os artigos 106 a 165²⁸.

Assim, os direitos fundamentais devem ser entendidos, pelo menos nas ordens internas do tipo continental, como os direitos do homem positivados, consagrados nas constituições estatais, ou seja, os “direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”²⁹. Aliás, justamente pela sua positivação interna, os direitos fundamentais são passíveis de cobrança judicial³⁰.

25 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 29.

26 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 49.

27 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 154.

28 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 86-87.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

30 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

Não é outro o ensinamento de Robert Alexy, que também vê os direitos fundamentais essencialmente como os direitos do homem transformados em direito positivo³¹.

Todavia, no que toca ao conteúdo, não se pode falar em plena coincidência entre esses direitos, visto que há muitos direitos considerados fundamentais por determinados Estados e negados por outros, o que não é admissível quando estamos diante de direitos do homem, que deveriam ser aceitos por todos os Estados, dado seu caráter universal.

De fato, entre os direitos fundamentais, podemos encontrar muitos que são “pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país”³². Isso sem falar nos direitos conferidos às pessoas jurídicas, às associações, aos sindicatos, aos partidos e à própria família, que não podem ser considerados direitos do homem. Dessa forma, um país pode não reconhecer um direito do homem como fundamental em seu ordenamento jurídico, bem como acolher no rol de direitos fundamentais um direito que não faz parte daqueles considerados humanos.

Até aqui, procurou-se rechaçar a adoção da concepção jusnaturalista. No entanto, não obstante a crítica que foi apresentada acerca do direito natural, não se pode olvidar que renomados juristas, como Canotilho, Jorge Miranda e Carlos Alberto Bittar, consideram que tal concepção pode ser utilizada para diferenciar os direitos do homem dos direitos fundamentais.

Realmente, de acordo com Canotilho:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-

31 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 73, jul./set. 1999.

32 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 51.

temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta³³.

Outro autor que também dá importância ao direito natural nessa distinção é Antonio-Enrique Pérez Luño, que, conforme citação de Luiz Eduardo Gunther, define os direitos fundamentais como os direitos positivados em nível interno. Os direitos humanos, por seu turno, seriam aqueles direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo³⁴.

Apesar disso, o fundamento histórico é o que deve prevalecer, ainda mais se for considerado que atualmente as constituições preveem direitos que sequer eram imaginados pelos revolucionários do século XVIII. São direitos de conteúdo socioeconômico e político, que resultam de um processo expansivo de acumulação de níveis de proteção das esferas da dignidade da pessoa humana, os quais, se decorressem do direito natural, já deveriam constar das primeiras declarações³⁵. Esse é o caso dos direitos relativos à segurança, à saúde, ao lazer, à infância, à proteção da maternidade, à assistência aos desamparados, ao emprego remunerado, ao desenvolvimento intelectual, ao ensino, à cultura e à informação.

De qualquer forma, a distinção apresentada não significa que tais direitos estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si, sendo certo que há uma interação recíproca entre eles³⁶.

Portanto, a diversidade em questão pode ser apresentada da seguinte forma: a) os direitos fundamentais são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, já os direitos

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

34 GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 151.

35 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 155.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

do homem são reconhecidos pela ordem internacional, com fundamento na evolução histórica do homem (mas há autores que buscam fundamento no direito natural); b) aqueles são reconhecidos às pessoas que se submetem a determinado ordenamento jurídico, estes tendem a ser universais, o que não lhes dá, porém, caráter intemporal; c) muitos direitos humanos são reconhecidos como fundamentais, no entanto, isso não significa a existência de coincidência, visto que o ingresso no rol dos direitos fundamentais decorre da opção feita por cada Estado; d) os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente pela pessoa contra o Estado e seus agentes, o que tem explicação histórica, haja vista a necessidade sentida pelos particulares de se defenderem contra as autoridades sempre mais poderosas³⁷. Os direitos humanos, por sua vez, normalmente não permitem o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais.

3. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos humanos (ou direitos do homem) não se confundem com os direitos da personalidade. Não resta dúvida, entretanto, da existência de uma evidente proximidade, um verdadeiro parentesco entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, uma vez que ambos procedem de uma mesma herança cultural. Vale então aqui a lembrança indispensável das múltiplas dessemelhanças³⁸.

Os direitos humanos, como já vimos, são direitos reconhecidos internacionalmente, constituem as prerrogativas mínimas que devem ser reconhecidas a todo ser humano enquanto tal³⁹, não importando onde ele se encontre nem suas particularidades⁴⁰.

No Brasil, após o processo previsto no art. 5º, § 3º, da CF⁴¹, os direitos humanos podem até ter o *status* de emendas constitucionais, o que aumenta a sua confusão com os direitos da personalidade. Contudo, a distinção não é tão difícil quanto parece num primeiro momento e pode começar pelo âmbito de atuação.

37 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 29.

38 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28.

39 PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003, p. 22.

40 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297.

41 Art. 5º, § 3º, da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Os direitos do homem atuam internacionalmente, estão previstos em documentos internacionais, enquanto os direitos da personalidade estão previstos no ordenamento jurídico interno, sendo que sua sede mais usual está na Constituição e no Código Civil⁴².

Aqui é interessante notar que a própria Constituição Federal reconhece que a sede dos direitos humanos está no direito internacional, uma vez que no seu art. 4º, II, dispõe que a República Federativa do Brasil é regida, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Assim, a proteção dos direitos da personalidade se dá pelo ordenamento jurídico de cada país, o que não ocorre na tutela dos direitos humanos, que é realizada pelos sistemas internacionais construídos principalmente no pós-guerra, que podem até mesmo subordinar o recurso às instâncias internacionais ao prévio esgotamento das vias internas⁴³, afetando seu grau de efetividade.

Por outro lado, apesar de ser comum a tutela do mesmo bem por normas de direitos humanos e de direitos da personalidade, como ocorre com os direitos à vida, à integridade física, à segurança e à intimidade, é certo que isso nem sempre acontece. A diferenciação leva em conta aqui o objeto do direito⁴⁴. Neste ponto, é muito claro o ensinamento de Capelo de Sousa, valendo aqui sua transcrição:

há direitos do homem (particularmente, de carácter político) cujo objecto não é protegido pelos direitos de personalidade e, inversamente, há bens, zonas, graus ou expressões de bens da personalidade humana tutelados por direitos de personalidade, que, por não revestirem carácter primário ou essencial (v.g. em matéria de imagem, de autoria moral, de sentimentos e de aspirações), não estão protegidos por direitos do homem a nível internacional⁴⁵.

42 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 590.

43 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 591-592.

44 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28.

45 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 592.

Da mesma forma, ensina Bruno Petit que certos direitos da personalidade, não sendo julgados essenciais, são excluídos da lista dos direitos do homem, citando, entre eles, o direito à imagem ou o direito à voz. Ademais, destaca que numerosos direitos do homem não figuram entre os direitos da personalidade, seja porque eles não são direitos, mas simples liberdades, seja porque eles são estranhos à personalidade⁴⁶.

Outrossim, os direitos humanos, conforme a concepção geralmente admitida, somente podem ser invocados em face de um Estado, enquanto os direitos da personalidade regulam as relações entre particulares, sendo dirigidos aos sujeitos submetidos ao direito privado⁴⁷.

Por conseguinte, não obstante as distinções apresentadas, o desenvolvimento paralelo dessas categorias de direitos é notório, em especial a partir da segunda metade do século XX, o que encontra substrato na dignidade da pessoa humana. Todavia, vale ressaltar, os direitos humanos não servem de fundamento para a proteção da personalidade, não se admitindo que um particular invoque, diretamente, um direito humano contra aquele que atenta contra sua personalidade⁴⁸.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Também existe proximidade entre os “direitos da personalidade” e os “direitos fundamentais”, uma vez que esses direitos colocam a proteção do ser humano no

46 PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003, p. 23. No original: “Ensuite, de nombreux droits de l’homme ne sauraient figurer parmi les droits de la personnalité soit parce qu’ils ne sont pas des droits mais de simples libertés (liberté de pensée, liberté d’expression...) soit parce qu’ils sont étrangers à la personnalité (droit de propriété). Enfin, à l’opposé, certains droits de la personnalité, n’étant pas jugés essentiels, sont exclus de la liste des droits de l’homme: il en est ainsi, par exemple, du droit sur l’image ou sur la voix”. Tradução livre: “Em segundo lugar, numerosos direitos do homem não figurariam entre os direitos de personalidade, seja porque não são direitos, mas simples liberdades (liberdade de pensamento, liberdade de expressão...), seja porque são estranhos à personalidade (propriedade intelectual). Finalmente, por outro lado, certos direitos da personalidade, não sendo considerados essenciais, são excluídos da lista dos direitos do homem: é assim, por exemplo, no direito sobre a imagem ou sobre a voz”.

47 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 27-28.

48 Conforme adverte Tercier, se os direitos do homem definem um conteúdo mínimo da liberdade que o Estado deve respeitar nas relações com os particulares, esses direitos também definem um conteúdo mínimo de proteção que tal Estado deveria garantir em seu ordenamento jurídico nas relações entre particulares. E, nessa mesma ordem de ideias, conclui o professor suíço afirmando que é normal que o juiz se inspire nos direitos do homem quando chamado a se pronunciar sobre a extensão da proteção dos direitos da personalidade (TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28).

centro dos seus objetivos: respectivamente como indivíduo e como ser humano⁴⁹. A despeito disso, tais categorias não se confundem, não há equivalência entre elas, fazendo-se necessária a compreensão da sua dicotomia.

Os “direitos fundamentais”, como vimos, estão previstos nas constituições, por isso, eles “têm em vista particularmente a posição do indivíduo face ao Estado”⁵⁰, sendo certo que tal preocupação é que comanda o âmbito e o regime desses direitos, que surgiram justamente pela necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado. São direitos que integram o direito público⁵¹.

Já os “direitos da personalidade”⁵², por outro lado, “atendem às emanções da personalidade humana em si, prévias valorativamente a preocupações de estruturação política”⁵³, tendo como objetivo a proteção da dignidade do seu titular, “a sua dignidade enquanto pessoa, não uma pessoa geral, nem um membro da humanidade, mas aquela pessoa única, individual e individuada, irrepetível e infungível”⁵⁴. São direitos que se inserem no âmbito do direito privado.

49 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 423.

50 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 75.

51 MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

52 Há, na doutrina brasileira, autores que preferem a utilização da nomenclatura “direitos de humanidade”, em vez de direitos da personalidade. Para tanto, argumentam que “os direitos de humanidade são aqueles destinados a tutelar os bens que compõem a natureza humana, é dizer, a humanidade do ser”. A personalidade, por outro lado, é atributo que confere ao ente a qualidade de sujeito de direitos (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 478). Contudo, vale notar que a nomenclatura já consagrada no direito pátrio é direitos da personalidade.

53 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 75.

54 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 57.

Assim, em um primeiro momento, já se percebe que a preocupação da abordagem dos “direitos da personalidade” e dos “direitos fundamentais” é diferente⁵⁵, valendo aqui a transcrição dos ensinamentos de Jorge Miranda:

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade, relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares; os direitos de personalidade, uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil⁵⁶.

Dessa forma, as disposições concernentes aos direitos da personalidade valem nas relações entre pessoas privadas⁵⁷, isto é, nos casos de relações paritárias entre particulares ou entre estes e o Estado, destituído de sua posição de supremacia (*ius imperii*). Nessas hipóteses, a tutela preventiva ou reparadora se dará pelo direito civil (arts. 11 e s. do Código Civil), podendo-se afirmar, conseqüentemente, que a “fonte imediata dos direitos da personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, não a Constituição”⁵⁸.

Diversamente, no que toca aos direitos fundamentais, constata-se a existência de relações juspublicísticas, as quais opõem os particulares ao próprio Estado no

55 Entre os autores germânicos, Günter Weick expressa semelhante distinção ao afirmar que bens como a vida e a integridade corporal são protegidos pelos direitos fundamentais nas relações do cidadão perante o Estado, enquanto a proteção dos direitos da personalidade, para esses mesmos bens, dá-se nas relações privadas entre cidadãos, ou entre estes e entidades privadas (WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 172).

56 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 59.

57 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 421-422.

58 MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

exercício de seu *ius imperii*, o que ocorre com o uso de mecanismos constitucionais, demonstrando que seu fundamento direto está na Constituição⁵⁹.

Outrossim, no que atine ao objeto dos “direitos da personalidade” e dos “direitos fundamentais”, muitos autores afirmam tão somente que se trata dos mesmos direitos, encarados sob ângulos diversos.

Contudo, a distinção não é simples assim, não podendo tal ponto de vista ser aceito, pois “há direitos fundamentais que, por não terem como objecto tutelado directamente a personalidade humana, não se traduzem, ao nível juscivilístico ou nem sequer no plano da garantia juspublicística, em direitos de personalidade”⁶⁰. Nessa linha, a atribuição de direitos a organizações que não são pessoas físicas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais não se amolda à categoria dos direitos da personalidade⁶¹. Pode-se, ainda, citar os casos das garantias de acesso aos tribunais e a maioria das garantias processuais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, que não podem ser considerados como direitos da personalidade, mas estão arrolados entre os direitos fundamentais.

Com isso, fica claro que há, na Constituição, direitos que são considerados, ao mesmo tempo, direitos da personalidade e direitos fundamentais, mas também há aqueles que apenas são direitos fundamentais, não enquadráveis na categoria dos direitos da personalidade. O mesmo ocorre na legislação ordinária, especialmente no Código Civil, que prevê direitos da personalidade que também estão arrolados na Constituição como direitos fundamentais, porém não deixa de dispor sobre direitos que tão somente podem ser considerados direitos da personalidade. Por isso, nem todos os direitos fundamentais constituem direitos da personalidade, bem como nem todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais⁶².

De fato, no direito brasileiro, assim como no direito de muitos outros países, a Constituição consagra como fundamentais os mais importantes direitos da

59 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

60 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 585.

61 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 139.

62 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 581.

personalidade. Entretanto, isso “não significa que haja uma total coincidência, até nesses direitos singulares duplamente especificados”⁶³.

Essa distinção também é explanada por Canotilho:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa de vir”, cada vez mais direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. (...) No entanto, não é apenas uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma ordem objectiva que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex.: os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade⁶⁴.

Igualmente, adverte Capelo de Sousa que a larga coincidência realmente existente “não significa assimilação ou perda de autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias jurídicas, mesmo quando tenham por objecto idênticos bens de

63 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 103.

64 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 372.

personalidade, revestem um sentido, uma função e um âmbito distintos, em cada um dos planos em que se inserem”⁶⁵.

Aliás, considerando essa aproximação, devemos ainda estar atentos para o fato de que as regras materialmente civis (ou privadas) que foram constitucionalizadas (também chamadas de direitos fundamentais privados), que se opõem aos direitos fundamentais públicos, somente corresponderão aos direitos da personalidade quando se reportarem a bens da personalidade⁶⁶.

Por conseguinte, pode-se concluir que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas há direitos que são enquadráveis apenas em uma das categorias, o que, no que toca ao conteúdo, demonstra apenas parcial coincidência. Ainda, os direitos da personalidade são examinados sob o prisma das relações privadas, da proteção contra outros homens, enquanto os direitos fundamentais são direitos públicos que objetivam a proteção do indivíduo contra atos do Estado. Em todo caso, é certo que esse conjunto de direitos distintos compõe um verdadeiro mosaico fragmentado, isto é, um conjunto de elementos diversos e justapostos, cuja combinação se faz indispensável para a plena proteção da figura humana⁶⁷.

65 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

66 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 89.

67 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 424.

5. DIREITOS DA PERSONALIDADE E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda cuidando das relações existentes entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, é necessária a análise do movimento de constitucionalização do direito civil, que postula a supremacia da Constituição e a valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes. Prega-se, então, que haja uma filtragem constitucional das normas de direito infraconstitucional⁶⁸.

Em face da constitucionalização do direito civil, surge a questão teórica e prática atinente à aplicação dos direitos fundamentais às relações de direito privado. É certo que os direitos fundamentais têm eficácia vertical na pirâmide hierárquica das normas, de maneira que sua aplicação estaria restrita à relação existente entre o Estado e os cidadãos. Ora, partindo-se da ideia de que os direitos fundamentais têm apenas eficácia vertical, estaria excluída a teoria da eficácia horizontal, de sorte que os direitos fundamentais não teriam eficácia na relação cidadão-cidadão⁶⁹.

Entretanto, considerando-se a existência de exceções à regra, pugna-se pela aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, donde desponta um fenômeno que foi originalmente concebido e estudado na Alemanha, lá sendo chamado de *Drittwirkung der Grundrecht*⁷⁰ (efeito dos direitos fundamentais perante terceiros), assunto que, no Brasil, é denominado eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o qual se contrapõe à mencionada eficácia vertical⁷¹.

68 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012, p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

69 RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 799, p. 21, maio 2002.

70 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 2.

71 Acerca da terminologia utilizada no Brasil, adverte Sarlet que “se deve renunciar ao uso de expressões relativamente habituais (embora imprecisas) como ‘eficácia horizontal’ ou a conhecida *Drittwirkung* (eficácia externa ou em relação a terceiros), o que cada vez mais tem sido objeto de reconhecimento no direito constitucional comparado, inclusive na própria Alemanha” (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021). A despeito do alerta, o assunto não será desenvolvido no presente trabalho, pelo que será utilizada a terminologia já consagrada no direito pátrio.

Realmente, considerando que a eficácia horizontal corresponde à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, é certo que os direitos fundamentais acabam não tendo a sua aplicação restrita à relação entre o Estado e os indivíduos, permitindo-se também a sua incidência nas relações entre particulares⁷². Assim sendo, “além do dever de observar a esfera individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares”⁷³.

Admitida a eficácia horizontal, consequência lógica e natural da constitucionalização do direito civil, discute-se em quais casos os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados e como essa vinculação se manifesta, isto é, como se configura a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para parte da doutrina, essa aplicação é automática, ou seja, imediata ou direta, enquanto outros estudiosos defendem que a aplicação dependeria da mediação de leis, no que se fala em eficácia mediata ou indireta⁷⁴. São então estudadas duas concepções relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais: a) a teoria da eficácia horizontal direta (ou imediata); b) a teoria da eficácia horizontal indireta (ou mediata)⁷⁵.

6. O SURGIMENTO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL

A teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (*unmittelbare Drittwirkung*) em relação aos particulares foi criada na Alemanha, convertendo-se em um artigo de exportação *made in Germany*⁷⁶. A própria doutrina alemã reconhece

72 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 170.

73 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 132.

74 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 170.

75 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

76 Aponta-se um julgado de 1954, do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), como a primeira aparição da teoria da eficácia horizontal no sistema judicial alemão. No caso, discutia-se acerca da legalidade da demissão de um trabalhador sindicalista que, nas dependências da empresa, distribuiu propaganda eleitoral e pediu apoio político dos operários ao Partido Comunista.

que a temática da *Drittwirkung* não é mais um fenômeno puramente alemão, tendo ganhado dimensão internacional⁷⁷.

Tal teoria é atribuída a Hans Carl Nipperdey, que, partindo da dignidade da pessoa humana, considerou que um número expressivo de direitos fundamentais não afeta apenas as relações entre os indivíduos e o Estado, mas também as relações entre particulares. Desse modo, não haveria fundamento para, por um lado, reconhecer a vinculação dos direitos fundamentais em relação ao Estado, e, por outro, negar essa mesma vinculação no que toca às relações privadas⁷⁸. Nessa linha, não seria razoável imaginar que as partes, nas relações privadas, possam atentar contra os direitos fundamentais⁷⁹.

Nipperdey foi um constitucionalista muito atuante desde a República de Weimar, formulando, tendo por base problemas existentes em relações de trabalho, a sua concepção de que a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais seria imediata. Ocorre que a doutrina proposta por Nipperdey leva à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas sem que haja qualquer espécie de transformação ou adaptação. Prega-se a aplicação dos direitos fundamentais diretamente às relações entre particulares sem intermediação legislativa, ou seja, os direitos fundamentais não carecem “de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado”⁸⁰.

Entretanto, considerando que tal teoria conduz a consequências dogmáticas e práticas insustentáveis, na atualidade não é mais defendida na Alemanha⁸¹. Acrescente-se que o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*), há muito tempo, tem reafirmado a doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*). Contudo, não se pode

77 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 4.

78 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 284.

79 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 77.

80 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

81 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53-54.

negar o mérito dessa teoria, visto que iniciou a calorosa discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros⁸².

Por derradeiro, não se pode olvidar que as ideias de Nipperdey tiveram mais notoriedade fora da Alemanha, isto é, em outros países, como é o caso da Itália, da Espanha e de Portugal⁸³.

7. A RECEPÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Contrapondo-se ao que sucedeu na Alemanha, sobretudo após o final da década de 1990, o modelo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em relação aos particulares foi muito bem acolhido no Brasil⁸⁴.

O predomínio desse modelo em nosso país, tanto em sede doutrinária quanto no âmbito da jurisprudência, inclusive em julgamentos do Supremo Tribunal Federal⁸⁵, poderia ser explicado, em termos gerais, pelo fato de que os problemas específicos brasileiros demandariam soluções peculiares, diversas daquelas encontradas na Alemanha⁸⁶. Contudo, é certo que ainda são poucos os trabalhos na doutrina que procuram compreender o motivo de não se ter adotado a eficácia indireta, não

82 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 288.

83 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

84 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 5-6.

85 Conforme assevera Sarmiento, “é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados”. (SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 297).

86 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15-16.

obstante as semelhanças existentes entre a Constituição Federal brasileira e a Lei Fundamental alemã⁸⁷.

Na doutrina certamente existem variações e mitigações no que toca ao modelo da eficácia direta⁸⁸. Existem estudiosos que a consideram como *ultima ratio*, devendo ser aplicada apenas em caráter residual. Outros defendem a eficácia direta vinculada à dignidade humana e sem a necessidade de intervenção legislativa, pelo que é cabível quando não houver lei ou quando a aplicação da lei não estiver em conformidade com os valores constitucionais⁸⁹.

Em todo caso, segundo seus defensores, o fundamento constitucional para a opção pelo modelo da eficácia direta estaria no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, o qual estabelece que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal norma constituiria “uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos

87 A Constituição Federal brasileira e a Lei Fundamental alemã consagram o princípio da dignidade humana e um amplo rol de direitos fundamentais, com destaque para a proteção da personalidade. Com isso, ainda que “se possa diferenciar o modo pelo qual a dignidade humana e os direitos fundamentais são garantidos nos dois ordenamentos, não há dúvidas de que ambos são pautados pela meta de proteger e valorizar a pessoa e de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Isso basta para derivar argumentos comuns, favoráveis à fundamentação de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, até mesmo porque nenhuma das constituições nega expressamente tal possibilidade” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 5).

88 Em defesa da eficácia direta, assevera Sarlet: “seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas”. E acrescenta ainda o autor que a “tese alternativa, de acordo com a qual apenas o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais ou mesmo o seu núcleo essencial (já que o conteúdo em dignidade nem sempre corresponde, em toda sua extensão, ao núcleo essencial dos direitos) vinculam diretamente também os particulares, embora atrativa e no nosso sentir perfeitamente compatível com o direito constitucional da Alemanha (notadamente em função do disposto no já referido artigo 1º, III, da Lei Fundamental), onde sua adoção representaria um importante avanço, não se revela a melhor para o caso do Brasil” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021). Na mesma linha, esclarece Cunha Júnior que “os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 56).

89 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 298-299.

os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais”⁹⁰.

Ocorre que a defesa da eficácia direta com fundamento no art. 5º, § 1º da CF não pode ser admitida, visto que, ao se examinar a origem de tal norma, é fácil constatar que nada tem a ver com *Drittwirkung*. De fato, tal comando constitucional está relacionado com as teorias sobre a eficácia e a aplicabilidade de normas constitucionais, entre as quais é possível citar a classificação proposta por José Afonso da Silva, que distingue entre as normas de eficácia plena, contida e diferida⁹¹.

Outrossim, a utilização direta dos direitos fundamentais para a resolução de conflitos entre particulares pode constituir uma verdadeira ameaça à identidade do direito privado, que tem antigos e sólidos fundamentos históricos. Disposições que são milenarmente aplicadas no direito ocidental, muitas vezes provenientes do direito romano, são facilmente afastadas por uma argumentação que muitas vezes é bastante pobre, simplista e repetitiva. Ademais, a eficácia direta dos direitos fundamentais representa uma inadequada restrição à autonomia privada⁹².

Em face disso tudo, nas últimas décadas se assumiu, no país, um discurso praticamente sagrado em defesa da constitucionalização do direito civil. E a situação se agrava ainda mais quando se percebe que o sistema utilizado no Brasil concede poderes extraordinários à cúpula do Judiciário, que passa a atuar, em nome do dogma da eficácia direta dos direitos fundamentais, como verdadeiro Poder Legislativo paralelo. Matérias que não encontram espaço ou consenso para aprovação no Parlamento acabam por ser transformadas em direito positivo graças a decisões judiciais, o que é feito sem o aval ou mesmo contra o que foi decidido no Legislativo, tudo em nome da eficácia direta dos direitos fundamentais.

90 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

91 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 333-334.

92 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016., p. 49.

Por conseguinte, a plêiade de problemas criados pela eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais pode ser mitigada pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta⁹³.

8. A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

A teoria da eficácia indireta parte da ideia de que os direitos fundamentais não incidem diretamente nas relações privadas⁹⁴. É necessário, entretanto, que se estabeleça em que situações e a forma como a eficácia indireta será aplicada. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta, entre outros fatores, a segurança jurídica e o respeito à separação dos poderes, caso contrário, é certa a banalização dos princípios constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, o que está cada vez mais em evidência no panorama jurídico nacional.

Como se sabe, o legislador é o intérprete fundamental da Constituição, sendo-lhe atribuída a tarefa de tornar concreto, em primeira linha, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais. Daí que a realização da concretização cabe, primordialmente, aos titulares da função legislativa. E o legislador, em tal atividade, está vinculado aos direitos fundamentais, o que constitui um parâmetro a ser levado em conta no controle das normas por ele editadas⁹⁵.

93 Não se pode deixar de mencionar a existência, ao lado da dicotomia entre eficácia direta e indireta, de soluções diferenciadas. De fato, há na doutrina autores que propõem modelos diferenciados, que admitem situações de eficácia indireta e, igualmente, de eficácia direta. É dizer: os sistemas de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não seriam excludentes, de maneira que, ao se admitir um deles, não se eliminaria a existência do outro (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145 e ss). Entretanto, o problema dessas soluções diferenciadas está justamente em se saber quando se aplica a eficácia direta e quando se utiliza a eficácia indireta.

94 Apontando-se o julgamento do caso Lüth (1958), pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como o precursor da teoria da eficácia horizontal indireta (SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152). De fato, no caso em questão, o Tribunal Constitucional Federal verificou “se o tribunal cível, por ocasião da aplicação da cláusula geral de direito privado do § 826 do BGB, reconheceu corretamente a importância e o alcance do valor jurídico-fundamental da livre manifestação de opinião (DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59).

95 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 389.

Nessa linha, ao se adotar a eficácia indireta, é então imprescindível que fique bem claro que, quanto maior for a intervenção legislativa na solução de conflitos jurídicos, mais estreita será a margem de apreciação dos magistrados e menos expressivo será o papel dos direitos fundamentais nas decisões judiciais. Por isso, o juiz não pode simplesmente desconsiderar a legislação infraconstitucional, abandonar o comando legal para recorrer diretamente ao texto constitucional, visto que tal conduta pode levar à rápida banalização dos direitos fundamentais e à destruição do direito civil.

Aliás, o recurso direto ao texto constitucional perde significação na medida em que as normas de direitos fundamentais possuem um nível de abstração maior do que as normas situadas no direito ordinário. Tal abstração indica justamente a necessidade de que atue o legislador, representante do povo, para que os direitos fundamentais ganhem uma dimensão objetiva nas relações privadas. Assim sendo, a adoção da eficácia indireta também permite a equalização do problema da elevada abstração das normas de direitos fundamentais⁹⁶.

Nessa linha, é certo que a redução do grau de abstração constitucional pelo legislador tem como consequência a restrição da discricionariedade dos agentes públicos, particularmente do Judiciário. Contudo, é melhor que o Parlamento limite a discricionariedade judicial por meio da legislação, evitando então a aplicação irrestrita de disposições constitucionais totalmente abstratas, que tudo podem permitir. Caso contrário, ocorrerá a substituição do poder de autodeterminação individual pelo que for determinado pelo juiz com base na aplicação direta de direitos fundamentais às relações privadas⁹⁷.

De fato, quando se adota a eficácia direta, a qual considera que tudo pode ser objeto de incidência dos direitos fundamentais, está-se criando maior incerteza jurídica, haja vista o elevado grau de subjetividade das decisões, fundadas puramente em ponderações. Tudo acaba não passando de mera retórica, uma vez que essas decisões permitem a adoção de qualquer solução, bastando que se remeta

96 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 337.

97 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 350.

a determinado direito fundamental e que se apresente um amontoado de expressões abstratas como suposta motivação⁹⁸.

Assim sendo, a fim de que tais problemas sejam evitados, o mais adequado é a adoção da teoria da eficácia indireta⁹⁹, que promoverá uma espécie de filtragem dos direitos fundamentais pelo direito civil. Para tanto, para o ingresso dos direitos fundamentais nas relações privadas, exige-se a mediação legislativa por meio de normas infraconstitucionais, o que é feito principalmente por meio da técnica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Essas duas importantes ferramentas jurídicas constituem verdadeiras autorizações legais concedidas aos juízes, que permitem, por exigirem não somente a interpretação, mas também o preenchimento valorativo, a abertura pontual do direito civil aos valores provenientes da Constituição¹⁰⁰.

O mesmo raciocínio é defendido por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, senão vejamos:

os direitos fundamentais não se aplicam diretamente no direito privado, não resolvem diretamente os litígios de direito civil. Mas a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que eles se aplicam a todos os âmbitos do direito, e consequentemente também influenciam o direito privado. Aqui, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais opera por via das disposições que dominam diretamente a área jurídica concreta (Código Civil, *in casu*), especialmente das cláusulas gerais e dos demais conceitos suscetíveis e carecidos de interpretação, que têm de ser interpretados no sentido deste conteúdo jurídico;

98 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 350.

99 A teoria da eficácia indireta é igualmente defendida por Duque, que considera que “os direitos fundamentais em geral não podem vincular os particulares diretamente, como ocorre nas relações entre o cidadão e o Estado. Parte-se do pressuposto de que, em princípio, somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais; os particulares, nas relações que tecem entre si, apenas indiretamente” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 6).

100 Acerca das cláusulas gerais, vale notar que elas são preceitos normativos de elevado grau de indeterminação, à semelhança dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais. E aí surge o risco de que a ordem objetiva de valores, em função da utilização do critério da ponderação, seja substituída por juízos axiológicos do intérprete, o que certamente representa um risco para a segurança jurídica (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162).

as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são, por isso, também designados de ‘pontos de penetração’ dos direitos fundamentais no direito civil¹⁰¹.

Nessa tarefa, ganha relevo a dignidade da pessoa humana, que vai limitar e orientar a valoração, a qual não pode violar a liberdade negocial nem a autonomia privada¹⁰². De fato, os institutos do direito privado precisam manter a sua estrutura particular, que tem fundamento na autonomia privada, não se admitindo que a liberdade de autodeterminação seja asfixiada, “sob pena de subversão da própria estrutura ôntica das relações privadas”¹⁰³. Daí que se pode dizer que é pressuposto básico da eficácia indireta a preservação da autonomia privada, princípio basilar do direito privado, o qual vem sendo aniquilado diuturnamente pela aplicação direta dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a eficácia indireta evita a vulgarização dos direitos fundamentais, pois, como regra, não há o abandono do texto infraconstitucional e dos métodos hermenêuticos clássicos, somente havendo a incidência constitucional em determinadas relações entre particulares, o que exige exaustiva argumentação e fundamentação por parte do magistrado. Ainda, em função das restrições impostas pelas cláusulas gerais, verdadeiras portas de entrada dos direitos fundamentais, o processo de constitucionalização não leva à perda de identidade do direito civil, resguardando as suas raízes históricas e a sua autonomia no quadro do sistema jurídico. Ademais, a eficácia indireta limita o subjetivismo decisório e a insegurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o enfrentamento da celeuma criada pela fundamentação dos direitos humanos, por um lado, apontando a perspectiva jusnaturalista, e, por outro, a

101 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108.

102 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 344.

103 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 79.

centrada no positivismo, preferiu-se a opção por buscar sua proteção, considerando-se que eles estão em permanente construção no fundamento histórico.

O *discrímen* usado para extremar os direitos humanos dos direitos fundamentais é bastante simples e objetivo ao se dizer que esses são direitos humanos positivados em cada Estado. Isso justifica a existência de direitos fundamentais considerados em um Estado e não em outro.

No que toca à relação entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, é preciso que se saliente que não se está identificando aí a personalidade como capacidade de ter direitos e obrigações e sim a personalidade como um conjunto de atributos inerentes à condição humana. Nessa perspectiva, é certo que os direitos da personalidade e os direitos humanos têm a mesma herança cultural, mas há indubitáveis dessemelhanças, entre as quais o fato de que a tutela dos direitos da personalidade se dá pelo ordenamento jurídico de cada país, enquanto a proteção dos direitos humanos é alcançada pelos sistemas internacionais construídos no pós-guerra.

Nessa apertada síntese, foram trazidas as marcas identificadoras de cada instituto. Resta a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais e a defendida neste trabalho foi a eficácia indireta.

A própria existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é testemunha das diferenças que existem entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Se esses últimos pressupõem relações de poder, os direitos da personalidade pressupõem relações de igualdade. Autores, como os citados neste trabalho, afirmam que há uma área comum a ambos e duas áreas exclusivas de cada um desses direitos. Poder-se-ia considerar que eles se interseccionam, assim como dois círculos que se interpenetram, sendo que cada direito tem uma área exclusiva e ambos têm uma área comum entre si.

Todavia, essa fragmentação normativa não deve perder o sentido existencial da pessoa, que exige uma proteção unitária e integral, não admitindo ser substancialmente parcelada em uma multiplicidade de aspectos, desconectados uns dos outros, cada um dos quais se apresenta como um interesse juridicamente tutelável de modo autônomo.

Vale ainda notar que a eficácia horizontal direta mostra-se como um instrumento perigoso na medida em que cria a possibilidade de um ativismo judicial exacerbado,

transformando decisões judiciais em direito positivo com a justificativa da eficácia direta dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, com a elevada carga de abstração de suas normas ligada à subjetividade própria de decisões fundadas somente em ponderações, não devem, por isso, ser diretamente aplicados nas relações civis. Se a opção fosse pela eficácia horizontal direta, restaria propiciado ao Judiciário uma atuação que deixaria de respeitar a autonomia dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), transformando-o em real Poder Legislativo paralelo.

Ademais, é preciso, no nosso sentir, preservar uma mínima segurança jurídica, o que indica a necessária restrição da chamada constitucionalização do direito civil para que não haja, a cada instante, a reelaboração desse direito por força de nova interpretação do texto constitucional. Tais exageros na intervenção do direito constitucional no direito privado geram acentuada preocupação, pois ocasionam uma insegurança jurídica evidente, o que nos leva a reafirmar que o modelo da eficácia indireta é mais adequado.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.

BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. **Introduzione ai codici di diritto privato svizzero**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

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

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português. Parte Geral**. Coimbra: Almedina, 2004, t. III.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DÜRIG, Günter. **Escritos reunidos: 1952-1983**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérèngère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). **Droits de la personnalité**. Paris: LexisNexis, 2013, p. 421-465.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1.

PETIT, Bruno. **Les personnes**. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, p. 21, maio 2002.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TERCIER, Pierre. **Le nouveau droit de la personnalité**. Zurique: Schulthess, 1984.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlin: Sellier, 2004.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à imagem**. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA

FUNDAMENTALS OF THE LAW OF PROPERTY IN GERMANY

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutor em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz federal. Professor universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados em periódicos nacionais e internacionais 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, procurador do Banco Central do Brasil e 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 tratamento dado pelo direito alemão ao direito das coisas. Apresenta os princípios fundamentais que regulam a matéria, merecendo destaque o princípio da abstração, uma peculiaridade do direito alemão que não é adotada no Brasil. Estuda a noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão, a qual não mais se confunde com a situação dos animais. O texto ainda analisa

o direito de propriedade na Alemanha, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Por fim, o estudo panorâmico da matéria procura instigar o leitor a melhor compreender o papel socioeconômico do direito das coisas e a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Palavras-chave: Direito das coisas. Direito alemão. Vinculação social da propriedade. Princípio da abstração. Princípio da separação.

ABSTRACT: *This article analyzes the treatment given by the German law to the rights in rem. It presents the fundamental principles that regulate the matter, highlighting the principle of abstraction, a peculiarity of German law that is not adopted in Brazil. It studies the notion of thing adopted by the German Civil Code, which is no longer confused with the situation of animals. The text further analyzes property rights in Germany, including their limitations, restrictions, forms of defense, content, as well as the social link required by the German Constitution. This is a research that uses a descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential and legislative research. Finally, the panoramic study of the subject seeks to encourage the reader to better understand the socioeconomic role of the rights in rem and to seek solutions in German law to problems existing in Brazil.*

Keywords: *Law of property; German law; social obligation of property; principle of abstraction; principle of separation.*

INTRODUÇÃO

O direito das coisas, em particular o direito de propriedade, tem grande significação política, econômica, social e ambiental. Nas discussões atuais sobre os valores fundamentais da democracia, há especial atenção para o problema da propriedade privada e para as formas como se deve lidar com ela, donde emergem questões muito sensíveis, em particular relativas à política habitacional.

Na Alemanha a situação não é diferente, mesmo porque o direito das coisas é um dos assuntos que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-germânico. Contudo, a legislação alemã apresenta algumas peculiaridades,

demandando-se o estudo dos fundamentos do direito das coisas antes de uma análise mais acurada do direito de propriedade. Nesse ponto, como fruto do direito de tradição germânica, merece destaque a compreensão do princípio da abstração (*Abstraktionsgrundsatz*), uma peculiaridade do direito alemão que não encontra reflexo no direito brasileiro.

Superada a análise dos fundamentos do direito das coisas e da noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), passa-se ao estudo do direito de propriedade, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz – GG*).

Desse modo, o presente texto objetiva apresentar os fundamentos da legislação alemã sobre o direito das coisas. Trata-se de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre o direito alemão e o brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico do direito das coisas, especialmente da propriedade.

1. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS ABSOLUTOS E DIREITOS RELATIVOS

Os direitos subjetivos podem ser classificados de diferentes formas. A distinção mais importante na Alemanha, como também ocorre no Brasil, é entre direitos absolutos e direitos relativos.

A propriedade, no direito alemão, está protegida contra qualquer pessoa, constituindo, portanto, um direito absoluto (*absolutes Recht*)¹. O oposto é o caso dos direitos que são dirigidos somente contra uma pessoa determinada e que apenas podem ser exigidos dessa pessoa, isto é, os direitos relativos, aí se incluindo os direitos obrigacionais².

1 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 33.

2 KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

Entretanto, é importante frisar que as pretensões individuais, que constituem direitos relativos, podem resultar do direito de propriedade ou de outros direitos absolutos³. Assim, se um objeto for destruído ou danificado culposamente, o proprietário tem contra o ofensor uma pretensão ao pagamento de indenização (§ 823, 1 do BGB), que é um direito relativo⁴.

O direito alemão divide os direitos absolutos da seguinte forma: a) direitos de domínio sobre uma coisa (propriedade, penhor, usufruto); b) direitos da personalidade (direito geral da personalidade e direitos particulares da personalidade, como, por exemplo, o direito ao nome e o direito à própria imagem); c) direitos sobre bens imateriais (direitos de domínio sobre bens imateriais – direito de autor, direito de patente, direito de marca, entre outros)⁵.

Desse modo, tirante a relação dos direitos absolutos, da qual faz parte o direito das coisas, os demais direitos são classificados pelos alemães como direitos relativos.

2. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DAS COISAS E DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No direito alemão, também é tradicional a distinção entre direito das coisas e direito das obrigações.

O direito das coisas existe sobre determinados objetos, em número limitado e somente com autorização da lei. São direitos absolutos, que devem ser respeitados por todos, pois o direito concede ampla proteção contra a sua violação por parte de terceiros⁶.

O direito das obrigações, por outro lado, não está limitado a determinados tipos previstos em lei, admitindo-se a sua criação em consonância com a liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*). São direitos relativos, pois vinculam somente o credor e o devedor, não afetando terceiros⁷.

3 SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 20-21.

4 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 72-73.

5 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 73.

6 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 8.

7 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 649.

Outrossim, os negócios jurídicos em matéria de direito das coisas diferem consideravelmente dos negócios jurídicos de direito das obrigações. Tanto no direito alemão como no direito brasileiro, um contrato de compra e venda de uma coisa móvel, por exemplo, apenas cria para o vendedor a obrigação de transferir a propriedade do objeto da compra⁸. Isso porque os negócios jurídicos obrigacionais não têm influência imediata sobre a situação jurídica de uma coisa. De fato, é imprescindível, para alterar a situação jurídica da coisa, a realização de um negócio jurídico adicional, um negócio jurídico de disposição (*Verfügungsgeschäft*). Assim sendo, as diferenças entre o direito das obrigações e o direito das coisas não têm natureza meramente teórica, possuindo considerável significado prático⁹.

Dessa forma, vale notar que o negócio jurídico de disposição também constitui uma construção jurídica que não existe no direito brasileiro, pelo menos segundo a doutrina brasileira majoritária, o que representa um grande diferencial entre o direito das coisas na Alemanha e no Brasil¹⁰.

3. FONTES DO DIREITO DAS COISAS

O protótipo do direito sobre uma coisa é a propriedade, a qual encontra proteção na Lei Fundamental alemã (art. 14, GG)¹¹.

O direito das coisas faz parte do direito privado alemão, tanto que está previsto no terceiro livro do BGB (§§ 854 a 1296), intitulado “Direito das Coisas” (*Sachenrecht*)¹². Nele, está positivado o essencial acerca das regras que regem as relações jurídicas

8 “§ 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag. (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen”. Tradução livre: § 433 do BGB: “Deveres contratuais típicos no contrato de compra e venda. (1) Pelo contrato de compra e venda, o vendedor de uma coisa se obriga à sua entrega ao comprador e a lhe transmitir a propriedade sobre a coisa. O vendedor deve entregar a coisa ao comprador livre de vícios materiais e jurídicos. (2) O comprador está obrigado a pagar ao vendedor o preço de compra convencionado e a receber a coisa comprada”.

9 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 480.

10 TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115.

11 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 209.

12 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 5.

entre um sujeito de direito (*Rechtssubjekt*) e uma coisa (*Rechtsobjekt*), o que inclui a propriedade, a posse, bem como numerosos outros direitos reais limitados¹³.

Entretanto, o terceiro livro do BGB não contém todas as disposições de direito material acerca das coisas, uma vez que existem ainda normas esparsas sobre a matéria em outros livros da codificação civil¹⁴. Na Parte Geral do BGB, por exemplo, existem regras sobre coisas nos §§ 90 a 103, que contêm uma espécie de parte geral do direito das coisas, valendo destacar o estabelecido nos §§ 90 e 90a, esse último introduzido em 1990 no BGB¹⁵.

Além disso, existem algumas leis especiais, bastante relevantes, que tratam de determinados assuntos de direito das coisas fora do âmbito do BGB¹⁶. Esse é o caso da lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaurechtsgesetz*), da lei relativa à copropriedade em prédios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), da lei relativa a navios (*Schiffsgesetz*), e ainda da lei sobre minas (*Bundesberggesetz*)¹⁷.

4. A NOÇÃO DE COISA COMO OBJETO CORPORAL

O conceito de coisa é fundamental para a compreensão do direito das coisas.

Na Parte Geral do BGB, em seu § 90, encontra-se a noção de coisa (*Begriff der Sache*), que se entende como todo objeto corporal (*körperlicher Gegenstand*), tangível, que forma uma parte delimitável da matéria¹⁸.

13 DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 249.

14 KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

15 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 633.

16 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 8.

17 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

18 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 128.

Retomando as ideias do movimento pandectista, a concepção legal alemã considera que somente as coisas corpóreas podem ser possuídas¹⁹, e que a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias somente podem existir sobre objetos corpóreos²⁰.

Com isso, fala-se em um gênero (*Oberbegriff*), que seria o “objeto” (*Gegenstand*), o qual engloba todos os objetos de direito (*Rechtsobjekte*), isto é, as coisas corpóreas (móveis e imóveis) e os direitos não corpóreos²¹. Coisas em sentido legal são então somente os bens corpóreos, concepção restrita do direito alemão²² que tem sua origem na vontade dos redatores do BGB, que queriam distinguir claramente o direito das coisas do direito das obrigações²³.

Somente se considera coisa o objeto que é tangível (apreendido fisicamente), delimitável e passível de domínio²⁴. É necessário que haja matéria no sentido físico, sendo irrelevante se a matéria está no estado sólido, líquido ou gasoso. Não é necessário então que o objeto seja sólido, pois, se puder ser apreendido, qualquer que seja seu estado (sólido, líquido ou gasoso), será considerado coisa. O ar livre, as águas de um rio ou as águas subterrâneas, como regra, não são coisas, visto que integram a categoria dos bens comuns (*res communes omnium*)²⁵, mas, se estiverem contidos, por exemplo, em um frasco de vidro, aí passam a integrar a categoria das coisas na acepção empregada pelo BGB. Ainda, conforme entendimento majoritário da doutrina, a eletricidade, a luz e o som não são considerados coisas²⁶, pois não

19 No direito brasileiro, não há regra tão precisa quanto a do BGB, mas, conforme a doutrina amplamente majoritária, o livro do direito das coisas é voltado para os objetos corporais (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48).

20 CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. *Property – Propriété – Eigentum*, p. 317-318.

21 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 500.

22 Por outro lado, o Código Civil austríaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*), promulgado em 1811, reconhece a existência de coisa incorpórea (*unkörperlichen Sache*), o que consta do seu § 353, que estabelece: “*Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum*” (STRACK, Astrid. *Hintergründe des Abstraktionsprinzips. Juristische Ausbildung*, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011, p. 6).

23 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

24 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 209.

25 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 633-634.

26 KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 231.

podem ser possuídos ou transferidos, bem como não há que se falar na existência de um direito de propriedade sobre eles²⁷.

Em relação ao corpo da pessoa viva, não são aplicáveis as regras relativas às coisas. O corpo é o suporte material do ser humano (sujeito de direito), de modo que o corpo não é, ele próprio, objeto de direitos de outras pessoas. Os embriões (criopreservados ou *in vitro*) também não são considerados coisas, não sendo objeto de propriedade²⁸. No que toca ao cadáver, com exceção de múmias, esqueletos e peças anatômicas, não são aplicáveis as regras atinentes às coisas²⁹. Por outro lado, as partes separadas do corpo da pessoa viva, como o cabelo cortado ou o dente arrancado, são qualificadas como coisas³⁰.

Outrossim, diante dessa concepção, bens imateriais, como marcas, patentes, programas de computador, dados eletrônicos, direitos autorais, a firma (como nome do comerciante e da empresa) e o *good will*, não podem ser qualificados como coisas e não podem ser objeto de propriedade. São eles objetos de direito que têm grande importância prática, mas, como não são corpóreos, não são coisas³¹, pois não podem ser considerados como uma parte espacialmente limitada da natureza³².

O mesmo raciocínio se aplica aos direitos da personalidade e aos direitos de crédito (*Forderungen*)³³. O suporte material desses direitos, por outro lado, pode ser considerado coisa, distinção que fica clara quando se separa a propriedade do livro do direito de autor sobre o texto que ele contém³⁴.

Por conseguinte, fica evidente que a definição de coisa não busca resolver um problema de ordem física ou lógica, mas simplesmente atender à conveniência jurídica³⁵.

27 WEBER, Ralph. *Sachenrecht: Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II, p. 28.

28 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 8.

29 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 480.

30 MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 5.

31 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 4.

32 STRACK, Astrid. Hintergründe des Abstraktionsprinzips. *Juristische Ausbildung*, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011, p. 6.

33 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 250.

34 HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 86.

35 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 128.

5. OS ANIMAIS E AS PLANTAS

O Código Civil alemão considera que as plantas pertencem à categoria das coisas. Os animais (*Tiere*), por outro lado, eram tidos como coisas até 1º de janeiro de 1991. Atualmente não são mais coisas, devendo ser protegidos por leis especiais. A eles são aplicadas as disposições sobre coisas, por analogia, na medida em que não se estabeleça algo distinto (§ 90a do BGB)³⁶.

De fato, a regulamentação da situação dos animais sofreu alteração legislativa, datada de 20/8/1990, tendo sido introduzido o § 90a no BGB. A codificação alemã passou então a trazer disposição especial em relação aos animais, destacando que eles não são coisas, mas que, na falta de disposição especial, as regras atinentes às coisas lhes são aplicadas (§ 90a, 3 do BGB)³⁷.

Larenz e Wolf justificam a distinção de tratamento pelo fato de que os animais são seres vivos, e não meramente coisas. Por conseguinte, a sua configuração legal não é, em linhas gerais, a da propriedade (§ 903), mas sim fundada em leis especiais de proteção³⁸, o que, porém, não lhes outorga a autodeterminação e a responsabilidade próprias dos seres humanos³⁹.

Com efeito, após a referida alteração, o BGB passou a distinguir os animais (*Tiere*) das coisas (*Sachen*), considerando legalmente como coisas apenas os objetos corporais, as parcelas existentes da natureza dominável (§ 90)⁴⁰. Apesar da distinção, em realidade, no âmbito do direito civil alemão, não existem disposições especiais

36 § 90a do BGB: “*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*”. Tradução livre: “Animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. Até onde não for diversamente determinado, a eles são aplicáveis os correspondentes preceitos válidos para as coisas”.

37 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 634.

38 Na Alemanha, a proteção especial outorgada aos animais, que são considerados seres vivos, encontra-se, em linhas gerais, na *Tierschutzgesetz – TierSchG* (HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 ed. Berlin: de Gruyter, 1996, p. 166).

39 LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997, p. 387.

40 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 400.

relativas aos animais, que são tratados como coisas móveis e regidos pelas normas atinentes à propriedade e à posse⁴¹.

Outrossim, vale notar que, segundo muitos estudiosos, essa alteração não passa de uma ficção, uma banalidade, decorrente de motivação política, que procurou implantar a pauta de proteção dos animais no âmbito do BGB. A alteração é realmente objeto de fortes críticas na Alemanha, afirmando-se que, no fim das contas, os animais continuam tendo tratamento como coisas na esfera do direito civil⁴².

Em todo caso, como alerta Medicus, é um absurdo a pretensão de dar tratamento aos animais como sujeitos jurídicos⁴³. E, para reforçar seu entendimento, ele exemplifica com um pedido teratológico de chamamento de focas para participação em um litígio administrativo sobre a poluição do Mar do Norte⁴⁴.

6. COISA MÓVEIS E IMÓVEIS

Seguindo a tradição existente no direito dos países de *civil law*, o Código Civil alemão distingue as coisas móveis (*bewegliche Sachen – Mobilien*) das coisas imóveis, ou terrenos (*Grundstücke – Immobilien*)⁴⁵. Isso tem bastante relevância, pois, tal como se passa no direito brasileiro, o regime jurídico dos móveis e imóveis é diverso, particularmente no que toca à sua forma de transferência⁴⁶.

Com efeito, ao reconhecer a *summa divisio* entre as coisas móveis e imóveis, a doutrina alemã divide o direito das coisas em dois grandes blocos, chegando-se,

41 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 129.

42 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 210.

43 No Brasil, a despeito de algumas decisões isoladas, é certo que a legislação considera os animais como coisas, ou melhor, como semoventes (art. 82 do Código Civil). Não se pode negar, entretanto, que muitos animais, especialmente os mamíferos, devem ser considerados como seres sencientes, o que demandaria uma revisão na legislação brasileira. Nessa linha, o caminho adotado pelo BGB parece ser o mais salutar, uma vez que os animais foram excluídos da categoria das coisas, mas continuam sendo objetos de direito, isto é, os animais não pertencem à categoria dos sujeitos de direito (WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 301-302).

44 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 480.

45 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 10.

46 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 482.

inclusive, a falar na existência de um direito das coisas móveis (*Mobiliarsachenrecht*) e em um direito das coisas imóveis (*Immobiliarsachenrecht*)⁴⁷. Nessa linha, os estudiosos alemães se encarregam de distinguir as duas categorias, uma vez que a legislação não traz maiores esclarecimentos sobre elas⁴⁸.

Em face da ausência de definição legal, para que se compreenda a distinção, faz-se mister que se parta do conceito de coisa imóvel. Apesar de não ser expressamente consagrada pelos §§ 93 a 98 do BGB, a doutrina define coisa imóvel como “uma parte delimitada da superfície terrestre que está registrada no registro imobiliário como uma parcela independente”⁴⁹. Trata-se de um conceito técnico-jurídico que é compreendido a partir do conteúdo do registro imobiliário (*Grundbuch*). Assim sendo, a ideia de *Grundstück* não coincide com a repartição do solo na natureza⁵⁰.

De fato, todo o território alemão está dividido em parcelas cadastrais. Os terrenos (*Grundstück*) são criados a partir de um ou mais lotes. O Registro Imobiliário fornece as informações sobre se uma parcela ou se várias parcelas constituem um imóvel⁵¹.

Nesse ponto, o Código Civil alemão, diferentemente do direito brasileiro⁵², utiliza para determinar a categoria dos imóveis a noção de terreno (*Grundstück*). Ao lado dos terrenos propriamente ditos, a noção de coisa imóvel também abrange as coisas móveis que se tornaram suas partes constitutivas essenciais (*wesentliche Bestandteile*), cuja previsão consta dos §§ 93 e 94 do BGB⁵³. Desse modo, todos os demais objetos que não constituam um terreno ou uma parte constitutiva essencial do terreno são considerados coisas móveis⁵⁴.

47 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 7.

48 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 12.

49 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 210.

50 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 12.

51 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 131.

52 Conforme ensina Lôbo, o bem imóvel pode ser definido, no direito brasileiro, como “a parte da superfície da terra, chão ou solo, e tudo o que se edifique sobre ela ou se incorpore em caráter permanente, pela mão do homem ou pela natureza” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1).

53 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 635.

54 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 302.

O direito alemão, somente de forma excepcional, admite a dissociação da propriedade imobiliária entre o terreno e o edifício⁵⁵, como acontece na legislação relativa ao direito de superfície (*Erbbaurecht*)⁵⁶.

Ademais, navios e aeronaves são coisas móveis, mas, para efeito de registro, são tratados em alguns aspectos como coisas imóveis⁵⁷.

Por conseguinte, de forma residual, toda coisa corpórea que pode mudar sua posição espacial, bem como que não se classifique como imóvel (*Grundstück*), é considerada uma coisa móvel⁵⁸. Em contraposição, as coisas imóveis têm definição técnico-jurídica e não podem mudar a sua localização espacial⁵⁹.

7. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS COISAS

O direito das coisas é regido por determinados princípios fundamentais, que não são expressamente mencionados pela legislação alemã. Como tais princípios orientam a utilização e a interpretação das disposições sobre a matéria, seu conhecimento é muito importante⁶⁰.

A seguir, será feita uma breve exposição sobre os seguintes princípios: a) taxatividade; b) publicidade; c) especialidade; d) abstração e separação. Entre os princípios fundamentais do direito das coisas, também se inclui o caráter absoluto (*Absolutheit*), que já foi tratado anteriormente.

55 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung*, a. 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016, p. 46.

56 A lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaugesetz*) permite ao proprietário de um terreno criar um direito real que autoriza um terceiro a erigir um edifício, objeto de um direito real distinto (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 366). Situação semelhante sucede com as regras sobre a copropriedade em edifícios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), que autorizam a criação de um direito de propriedade particular sobre uma parte de um edifício (FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 250).

57 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 635.

58 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 12.

59 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 302.

60 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 27.

7.1. *Numerus clausus dos direitos reais*

Como sucede nos países do ramo da *civil law*, o direito alemão também adota o princípio de que os direitos reais são enumerados de forma limitada pela lei, a qual também determina o conteúdo e a forma de transmissão desses direitos⁶¹.

O *numerus clausus* dos direitos reais tem então dois significados: a) *Typenzwang*, isto é, as partes não podem criar novos direitos reais, uma vez que esses direitos somente podem ser criados por lei⁶²; b) *Typenfixierung*, ou seja, o conteúdo dos direitos reais é fixado pela lei⁶³, não se admitindo que seja alterado por negócio jurídico⁶⁴. Isso ocorre pelo fato de que os direitos reais têm efeitos *erga omnes*, o que demanda que sejam conhecidos e previamente definidos de forma clara e sempre reconhecível⁶⁵.

Com efeito, em virtude do princípio do *numerus clausus*, as partes não podem criar um direito real novo, desconhecido por terceiros, nem alterar o conteúdo de um direito real existente. Os direitos reais são então apenas aqueles determinados pela lei, e o contorno desses direitos também deve ser estipulado pela lei. Assim sendo, o direito alemão não permite, por exemplo, a contratação de um penhor para utilização de um imóvel, instituto conhecido como anticrese (*Antichrese*)⁶⁶.

O princípio da tipologia imperativa (*Typenzwang des Sachenrechts*) se opõe à liberdade das partes em matéria contratual (*Vertragsfreiheit*), largamente aplicado no âmbito do direito das obrigações. Há então limites muito mais estreitos no âmbito do direito das coisas do que no direito das obrigações⁶⁷. Consequentemente, o direito das coisas é constituído, predominantemente, por normas cogentes (*zwingendes Recht*)⁶⁸.

61 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 651.

62 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 11.

63 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 631.

64 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 22.

65 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 423.

66 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 22.

67 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 140.

68 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 481.

Outrossim, a limitação aos tipos previstos na lei está em consonância tanto com a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) como com o caráter absoluto (*Absolutheit*) dos direitos reais⁶⁹.

Em todo caso, a lista dos direitos reais prevista pelo BGB é muito próxima daquela constante do art. 1.225 do Código Civil brasileiro. E o mesmo pode ser dito em relação à forma de atuação do princípio da taxatividade, que guarda bastante semelhança com o que ocorre no direito pátrio⁷⁰.

7.2. Princípio da publicidade RINCÍIO DA PUBLICIDADE

O direito alemão estabelece que as relações jurídicas atinentes ao direito das coisas devem estar acompanhadas de medidas que permitam levar ao conhecimento de terceiros a sua existência. Isto é, a lei exige que os negócios jurídicos no âmbito do direito das coisas devem ser visíveis externamente⁷¹.

De acordo com o princípio da publicidade (*Publizitätsgrundsatz*), a constituição, a modificação, a transmissão e a extinção de direitos das coisas devem ser realizadas por meio de ato jurídico dotado de visibilidade exterior (*Publizitätsmittel*), que permita a qualquer pessoa conhecer a existência de direitos sobre determinada coisa⁷².

A publicidade do direito das coisas determina o modo como se dará a sua transmissão (*Übertragungswirkung*), possibilita a aquisição a *non domino* (*Gutgläubenswirkung*) e ainda fundamenta uma presunção legal em favor dos direitos das coisas (*Vermutungswirkung*)⁷³.

Como regra, tal visibilidade é assegurada, em matéria imobiliária, pela inscrição no livro de registro imobiliário (*Grundbuch*), conforme dispõe o § 930 do BGB. No que toca aos bens móveis, a publicidade ocorre pela transferência da posse (§

69 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 6.

70 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: Direito das Coisas*, p. 16-18.

71 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 38.

72 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 252.

73 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 13.

929 do BGB), isto é, pela tradição (*Übergabe*)⁷⁴. Desse modo, a posse e o registro imobiliário são indicados como meios de publicidade (*Publizitätsmittel*)⁷⁵.

Em todo caso, vale frisar que no sistema econômico atual a posse sofreu forte perda de sua função como meio de publicidade, uma vez que muitos bens jurídicos são usados por possuidores que não são proprietários, o que ocorre quando se está diante de figuras como o *leasing*, a reserva de domínio (*Eigentumsvorbehalt*) ou a propriedade fiduciária (*Sicherungseigentum*)⁷⁶.

7.3. Princípio da especialidade

Como se sabe, uma das principais tarefas do direito das coisas é a ligação de um sujeito de direito a um objeto jurídico. Para tanto, a titularidade sobre uma coisa deve estar clara e inequívoca, exigência que está em consonância com a segurança jurídica. Um negócio jurídico de direito das coisas somente é eficaz se a coisa em questão for determinada de forma inequívoca, isto é, especializada⁷⁷.

O princípio da especialidade (*Spezialitätsgrundsatz* ou *Bestimmtheit*) é bastante importante e significa que o direito das coisas deve incidir somente sobre uma coisa individualizada⁷⁸. Em toda transferência é necessário que o seu objeto seja precisamente designado, de forma que seja possível distingui-lo de outras coisas⁷⁹.

Outrossim, é importante observar que o BGB ignora a existência do direito das coisas sobre universalidades (*Sachgesamtheiten*). Com isso, um conjunto de coisas e de direitos, como um fundo de comércio, não pode ser objeto de um mesmo direito das coisas. Sua transmissão não poderá ser feita senão organizando a transferência da propriedade de cada coisa pertencente à universalidade⁸⁰. Desse modo, é necessário elaborar um inventário com todos os bens individualizados, visto que a transferência

74 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 6.

75 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 24.

76 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 29.

77 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 213.

78 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 139.

79 SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 650.

80 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

da propriedade deve sempre estar concretamente relacionada com determinada coisa⁸¹. Nesse aspecto, o direito alemão certamente é mais exigente que o direito brasileiro.

Por conseguinte, uma pessoa deve ser capaz de identificar, com base somente no negócio jurídico de disposição, quem tem o direito real sobre determinada coisa⁸².

7.4. Princípios da abstração e da separação

O direito alemão apresenta uma grande particularidade, que é a adoção dos princípios da abstração e da separação (*Trennungs und Abstraktionsprinzip*). Entre os países do sistema da *civil law*, a Alemanha, por influência de Savigny, tomou um caminho bastante peculiar, consagrando os princípios da abstração e da separação, o que gera bastante dificuldade de compreensão por parte dos estudiosos estrangeiros⁸³.

A matéria está regulada na Parte Geral do BGB, pois diz respeito à noção geral de negócios jurídicos. Assim sendo, o direito alemão realiza distinção bastante nítida entre dois tipos de negócios jurídicos: os negócios criadores de obrigações (*Verpflichtungsgeschäfte*) e os negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*)⁸⁴. Tal distinção corresponde ao princípio da separação (*Trennungsprinzip*), que é um pressuposto necessário para a existência do princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*)⁸⁵.

De fato, a transferência da propriedade, seja de um móvel ou de um imóvel, não se opera no âmbito do contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*), que não tem qualquer efeito translativo, criando apenas obrigações (§ 433 do BGB). Para que ocorra a transferência da propriedade, é imprescindível a realização de um negócio jurídico distinto, um segundo negócio jurídico, ainda que tal negócio seja frequentemente celebrado simultaneamente com o contrato que cria as obrigações⁸⁶. Esse acordo de vontades, que tem como objetivo a transferência da propriedade, é

81 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 7.

82 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 12.

83 DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 31.

84 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 32.

85 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

86 WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 113.

denominado *Einigung*. Em matéria imobiliária, a *Einigung* é feita diante de uma autoridade competente, normalmente um notário, recebendo denominação específica de *Auflassung*⁸⁷.

Ademais, para que a transferência se concretize, além da *Einigung*, é necessário um ato real que dê publicidade à transferência. No caso de coisas móveis, esse ato real é a entrega do bem ao seu adquirente, isto é, a tradição (*Übergabe*, § 929 do BGB). Em relação às coisas imóveis, a transferência se conclui com a inscrição da mudança da situação jurídica no registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*, § 873 do BGB)⁸⁸.

Desse modo, o princípio da separação, que encontra suas raízes no direito romano, significa, para o direito alemão, a existência da dualidade de negócios jurídicos, isto é, um negócio jurídico obrigacional, que pode ser uma compra e venda, e um negócio jurídico de disposição, a *Einigung*⁸⁹. Em outras palavras, o princípio da separação representa essa divisão sistemática entre o dever decorrente do negócio jurídico (e.g. compra e venda) e a alteração sobre a situação da coisa (transmissão)⁹⁰.

No direito brasileiro, também se admite a existência do princípio da separação, mas em um sentido um pouco diverso, visto que, da mesma forma que no direito alemão, o negócio jurídico obrigacional não transfere a propriedade, uma vez que é necessária a realização de um ato real, que pode ser a tradição ou o registro no cartório de registro de imóveis. Aqui, é importante que fique claro que no direito brasileiro não se exige um segundo negócio jurídico, o negócio jurídico de disposição, que, como foi visto, recebe no direito alemão o nome de *Einigung*. Aliás, apenas tomando por base o princípio da separação, já se pode dizer que a transmissão da propriedade não sucede da mesma forma no Brasil e na Alemanha⁹¹.

Ao lado do princípio da separação, a doutrina alemã desenvolveu, no século XIX, o princípio da abstração. Savigny é considerado o responsável pela elaboração

87 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 144-145.

88 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 178.

89 PIETREK, Marietta. *Konsens über Tradition?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 29-30.

90 STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012, p. 50.

91 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5, p. 393-396.

do modelo alemão da abstração, cujo objetivo seria garantir maior segurança jurídica (*Rechtssicherheit*)⁹².

Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico obrigacional é independente do negócio jurídico de disposição⁹³, de maneira que eventuais problemas relacionados com o negócio jurídico obrigacional (e.g. nulidades, vícios de consentimento etc.) não afetam o negócio jurídico de disposição, que permanece eficaz⁹⁴. É juridicamente irrelevante a causa da transferência, não interessando se foi feito, por exemplo, um contrato de doação ou uma compra e venda.

A doutrina alemã divide a abstração em dois aspectos. Por um lado, o negócio jurídico real não depende da existência de uma causa (*inhaltliche Abstraktion*)⁹⁵. Por outro, o negócio jurídico real é independente do negócio jurídico obrigacional (*äußerlich Abstraktion*)⁹⁶.

Ademais, como os atos de disposição são abstratos, as ações fundadas em enriquecimento sem causa (§§ 812 e seguintes do BGB) ganham bastante importância no direito alemão, visto que são ajuizadas pelo alienante para a obtenção da devolução da coisa, o que será possível, a menos que a coisa tenha sido transferida nesse entretanto a um terceiro.

Todavia, existem casos em que a mesma causa pode gerar a nulidade tanto do negócio jurídico obrigacional como do negócio jurídico de disposição (*Fehleridentität*)⁹⁷. Isso ocorre, como regra, tanto em matéria de incapacidade jurídica (*Mängel der Geschäftsfähigkeit*) como em caso de dolo ou de coação ilegítima. A situação é, entretanto, diferente na hipótese de erro. Realmente, como o único objetivo do negócio jurídico de disposição é provocar a transferência da propriedade, geralmente ele não é afetado por erros cometidos quando o negócio gerador da obrigação é celebrado. Ademais, a apreciação da extensão da nulidade a

92 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 212.

93 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

94 No direito brasileiro, por outro lado, como não foi acolhido o princípio da abstração, o negócio jurídico que deu origem ao registro é indispensável para a apuração de sua validade (TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115).

95 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 15.

96 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 55.

97 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

ambos os negócios jurídicos (obrigacional e real), em caso de violação da moral (§ 138 do BGB) ou de proibição legal (§ 134 do BGB), exige uma apreciação caso a caso⁹⁸.

Vale notar, outrossim, que a categoria dos negócios abstratos é mais ampla do que a dos negócios de disposição, visto que todos os negócios de disposição são negócios abstratos, mas a recíproca não é verdadeira. Entre os negócios de disposição se inclui também a célebre *Vollmacht*, isto é, o poder de representação, que é um negócio jurídico autônomo em relação ao contrato básico, como o mandato, cuja nulidade, por exemplo, não se reflete nele⁹⁹.

Em suma, pelo princípio da separação, o negócio de direito obrigacional e o negócio de disposição devem ser estritamente separados um do outro. Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso¹⁰⁰. Assim sendo, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas é expressão dos princípios da separação e da abstração¹⁰¹.

8. O DIREITO DE PROPRIEDADE

O BGB não apresenta uma definição legal do direito de propriedade¹⁰². Apesar disso, a propriedade é conceituada pela doutrina como a forma mais abrangente de atribuição legal de uma coisa ao patrimônio de um sujeito de direito¹⁰³. É um direito ilimitado no tempo e confere um senhorio pleno sobre a coisa¹⁰⁴. Como no direito brasileiro, o direito de propriedade é, no direito alemão, o direito real mais importante e mais completo.

98 WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 114.

99 WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 114.

100 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 212.

101 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 183.

102 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 489.

103 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 438.

104 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 258.

A redação do § 903 do BGB não deixa dúvidas ao estabelecer que o proprietário pode, na medida em que a lei ou os direitos de terceiros não se oponham, comportar-se em relação à coisa (móvel ou imóvel) como ele entender, excluindo toda ingerência alheia¹⁰⁵.

Tal concepção, que remonta ao direito romano, remete à distinção de duas estruturas no direito de propriedade: a) uma positiva, que permite ao proprietário se comportar como entender em relação à coisa (*mit der Sache nach Belieben verfahren*)¹⁰⁶; b) uma negativa, que tem função de exclusão (*andere von jeder Einwirkung ausschließen*), isto é, de afastar terceiros de atuar em relação à coisa¹⁰⁷.

Considerando a estrutura formal da propriedade, o proprietário pode fazer tudo com a coisa; são os poderes positivos (*Positive Befugnisse*): ele pode perceber os frutos ou renunciar a eles, pode fruir da coisa pessoalmente ou permitir que um terceiro o faça, bem como pode livremente aliená-la ou simplesmente gravá-la¹⁰⁸. Ao lado dessa dimensão positiva, o direito de propriedade confere também poderes negativos (*Negative Befugnisse*). Assim, os terceiros são excluídos de todos os direitos sobre a coisa (§ 903 do BGB), salvo permissão do proprietário¹⁰⁹.

A plenitude do direito de propriedade não é, entretanto, absoluta. A evolução constitucional e legislativa durante o século XX multiplicou as limitações ao direito de propriedade, que correspondem, cada vez mais, a verdadeiros deveres a cargo do proprietário. Desse modo, a propriedade confere atualmente não somente direitos, mas também deveres, o que se confirma pelo estudo da posição e da tutela do direito de propriedade no direito alemão¹¹⁰.

105 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63.

106 LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 46.

107 STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 23.

108 Na doutrina, afirma-se que o proprietário pode se abster de qualquer uso ou destruir a coisa. No entanto, isso é relativizado, visto que existe a vinculação social da utilização da propriedade (BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 438). Schwab e Löhnig lembram que o § 903, I do BGB apresenta a estrutura formal da propriedade (*die formale Struktur des Eigentums*), a qual não está em conflito com a vinculação social da propriedade (SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127).

109 MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 22.

110 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 42.

9. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PROPRIEDADE DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

As constituições modernas contêm regras sobre o regime jurídico da propriedade privada, visto que a forma como a propriedade é estruturada vai ser fundamental para a própria organização social de um Estado.

A Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada no dia 23 de maio de 1949, considerando a vital importância que a propriedade tem para a sociedade, incluiu-a entre os direitos fundamentais (art. 14, alínea 1)¹¹¹.

A propriedade foi então garantida expressamente pelo art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental, que determina a forma como os bens, necessários à sobrevivência, devem ser distribuídos e utilizados¹¹². De fato, conforme a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a Lei Fundamental permite a todos criar um espaço de liberdade em termos de patrimônio e, consequentemente, um ambiente de vida sujeito à sua própria responsabilidade¹¹³.

A proteção constitucional do direito de propriedade implica, por um lado, o direito de se opor às ingerências das autoridades públicas (*Abwehrrecht* ou *Schutzfunktion*), o que constitui uma garantia individual (*Individualgarantie*). Por outro lado, reconhece-se a propriedade como uma garantia institucional (*Institutsgarantie*), isto é, a propriedade é garantida como um instituto jurídico, atribuindo-se à lei a fixação de seu conteúdo e dos seus limites¹¹⁴. O Estado é então obrigado a criar um sistema jurídico que assegure a aplicabilidade prática da propriedade, que permita ao indivíduo adquirir a propriedade e utilizá-la de forma que o conteúdo essencial desse direito seja preservado. Nesse ponto, o BGB é uma das mais importantes leis de aplicação do art. 14, 1 da Lei Fundamental¹¹⁵.

111 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 488-489.

112 Artigo 14, alínea 1 da Lei Fundamental: “A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei”.

113 KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 242.

114 MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 21.

115 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 439.

Todavia, a garantia institucional da propriedade privada não é absolutamente intangível, reconhecendo-se a existência de limites impostos pelo direito privado e pelo direito público. O art. 15 da Lei Fundamental, por exemplo, permite ao Estado coletivizar o solo, os recursos naturais e os meios de produção¹¹⁶. No entanto, a expropriação apenas pode ter lugar em benefício da coletividade e somente pode ser feita por lei ou com base em autorização legal¹¹⁷. Assim sendo, a lei de desapropriação regula o tipo e a extensão da indenização, objetivando assegurar que o prejudicado seja adequadamente compensado pelo que perdeu¹¹⁸.

O proprietário tem, logicamente, a possibilidade de recorrer aos tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) para discutir a legalidade do ato concreto de expropriação (*Enteignung*). Pode ainda ajuizar ação perante os tribunais cíveis (*Zivilgerichte*) se o montante da indenização da expropriação que lhe foi atribuída não for adequado (art. 14, 3, 3 da Lei Fundamental)¹¹⁹.

Outrossim, vale frisar que a concepção constitucional de propriedade abrange não somente a propriedade de coisas, mas também a titularidade de todos os direitos patrimoniais¹²⁰. Desse modo, o campo de aplicação da proteção constitucional do direito de propriedade é mais amplo do que aquele fixado pelo direito privado no § 90 do BGB, que define a coisa como objeto corporal (*körperliche Gegenstände*)¹²¹. No âmbito da propriedade constitucional incluem-se, por exemplo, pretensões creditícias, direitos autorais (*Urheberrecht*), propriedade industrial (*Gewerblicher Rechtsschutz*) etc.

116 O artigo 15 da Lei Fundamental parece, à primeira vista, algo estranho ao espírito da Lei Fundamental. Ele foi inserido nos trabalhos preparatórios em razão da insistência do partido social democrata, que desejava deixar a porta aberta para uma socialização dos bens de produção. Embora nunca tenha sido aplicado na prática, foi possível considerar a utilização desse artigo durante a crise bancária de 2008 e 2009, para salvar determinadas instituições de crédito.

117 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

118 STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 25.

119 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 439.

120 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63.

121 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 489-490.

Em contraposição, no sentido mais restrito dado pelo BGB, não existe propriedade sobre direitos, mas sim titularidade (*Inhaberschaft*)¹²². Isso significa que alguém pode ser titular de uma patente, mas não proprietário dela, visto que só existe propriedade sobre objetos corpóreos¹²³.

10. O CONTEÚDO E OS LIMITES DA PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

A Lei Fundamental garante o direito de propriedade e também estabelece que o conteúdo e os limites desse direito serão fixados por lei (art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental), o que permite ao legislador restringir seus atributos. A jurisprudência constitucional subordina essas restrições, como acontece com qualquer direito fundamental, a um teste de proporcionalidade, que é mais rigoroso quando a restrição afeta o patrimônio adquirido pela força de trabalho do que quando diz respeito a bens imóveis ou meios de produção¹²⁴.

Nesse contexto, a liberdade do proprietário não é ilimitada. A visão liberal do direito de propriedade como um direito absoluto foi limitada pelo reconhecimento de sua dimensão social. Influenciada por uma disposição da Constituição de Weimar, o art. 14, alínea 2 da Lei Fundamental estabelece: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. Assim sendo, tal disposição constitucional deixa claro que a propriedade não é somente um direito, mas também um dever¹²⁵.

Além das disposições da Lei Fundamental, existem muitas regras que limitam o direito de propriedade no BGB. O texto do § 903, 1 indica, por exemplo, que o direito de propriedade, em particular no que diz respeito à extensão do poder de usar, tem limites que resultam do dever cívico geral do proprietário de levar em consideração os interesses de outras pessoas, os interesses da comunidade, bem como as restrições à propriedade acordadas pelo próprio proprietário¹²⁶. O § 906, por sua vez, impõe ao proprietário um certo grau de tolerância em face de perturbações da vizinhança. A lei sobre urbanismo condiciona a construção de um edifício à obtenção de uma licença

122 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 122.

123 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 119.

124 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 259.

125 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

126 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

de construção emitida pela autoridade pública¹²⁷. Ademais, existem outras limitações para garantir a proteção do ambiente, organizar a caça e a pesca (*Bundesjagdgesetz* – BjagdG), regular a exploração dos recursos do solo (*Bundesberggesetz* – BbergG) e das águas superficiais¹²⁸.

Por conseguinte, ao lado dos limites impostos pelo respeito aos direitos de terceiros, atualmente também existem inúmeras disposições de direito público que limitam a propriedade¹²⁹.

11. VINCULAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O princípio geral é que a utilização da propriedade não deve satisfazer apenas as necessidades egoístas do titular do direito (art. 14, inciso 2 da Lei Fundamental). A utilização da propriedade obriga (*Eigentum verpflichtet*) e deve, ao mesmo tempo, servir ao bem comum (*sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*)¹³⁰. Isso significa que o § 903 do BGB expressa apenas a estrutura formal da propriedade, que não pode contrariar a sua vinculação social¹³¹.

O direito de propriedade está, dessa forma, sujeito a uma obrigação social, que permite ao legislador, mesmo sem expropriação formal, estabelecer limites à utilização da propriedade, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social¹³².

No que toca aos imóveis, os exemplos de vinculação social da propriedade (*Sozialbindung des Eigentums*) são particularmente numerosos: eles vão desde a regulamentação da liberdade de construção e seus limites (*Baurecht*), passando por regulamentos de proteção do meio ambiente (*Naturschutzrecht*), ao patrimônio

127 As condições de obtenção de uma licença de construção estão previstas nos códigos de construção dos Estados (*Landesbauordnungen*).

128 Pode-se mencionar, como exemplo, a lei federal relativa à proteção contra a poluição e os incômodos (*Bundesimmissionsschutzgesetz* – BImSchG). O texto dessa lei exige que o operador de uma instalação perigosa obtenha uma autorização administrativa prévia (*Genehmigung*).

129 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

130 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 122.

131 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127.

132 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

histórico e artístico (*Denkmalschutzrecht*), chegando até mesmo à regulamentação da locação de imóveis residenciais (*Wohnungsmietrecht*) e ao arrendamento de espaços utilizados para produção empresarial. Nessa linha, poderia ser determinado, por exemplo, o plantio de vegetação em um terreno à margem de um rio para reduzir o risco de inundação. Nesse caso, se a intervenção for proporcional ao risco, o proprietário deve tolerar tal interferência das autoridades em sua propriedade, mas, dependendo da situação, terá direito a uma indenização¹³³.

De qualquer forma, considera-se que é bastante difícil estabelecer, em casos concretos, a fronteira entre a concretização jurídica da vinculação social da propriedade (sem pagamento de indenização) e a desapropriação (com necessidade de pagamento de indenização). A temática continua controversa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e dos Tribunais Federais Superiores, mesmo já passados 60 anos da entrada em vigor da Lei Fundamental. A dificuldade reside no fato de que não só os atos diretos do Poder Executivo voltados à privação individual de direitos conduzem à desapropriação. Também as restrições da propriedade, através de regulamentos normativos abstratos, têm um efeito direto sobre a livre utilização da propriedade (e.g. tombamento de todo um bairro urbano como zona histórica protegida, pelo que os edifícios aí situados só podem ser estruturalmente alterados em conformidade com as normas de preservação de monumentos)¹³⁴.

Vale ainda frisar que os alemães, diferentemente do que se tem visto no Brasil, são bastante cautelosos em relação à intervenção na propriedade, o que somente é permitido quando preenchidos determinados pressupostos, como a existência de uma exceção prevista pela lei e para o atendimento do bem comum¹³⁵. Como regra, cabe ao legislador fixar a amplitude da vinculação social da propriedade, restando tal tarefa aos tribunais somente em situações muito excepcionais¹³⁶.

Por derradeiro, vale observar que a doutrina alemã não coloca a vinculação social como integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, como fazem

133 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

134 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

135 MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

136 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127.

muitos autores brasileiros¹³⁷. No direito alemão, o tema é tratado no âmbito dos limites ao direito de propriedade.

12. RESTRIÇÕES VOLUNTÁRIAS À PROPRIEDADE

O proprietário pode, por meio de negócios jurídicos com terceiros, restringir o seu direito à livre utilização ou exploração do objeto que lhe pertence. Essa restrição pode decorrer de negócios jurídicos de direito obrigacional, como contratos, nos quais o proprietário se compromete a se abster de determinada utilização da coisa ou a colocá-la à disposição do parceiro contratante. É o caso, por exemplo, do contrato de locação, no qual o locador se compromete a deixar temporariamente um imóvel de sua propriedade para utilização pelo locatário (§ 535 do BGB)¹³⁸.

Por outro lado, o proprietário também pode transferir temporariamente os poderes de utilização (*Nutzungsbefugnis*) e de fruição (*Verwertungsbefugnis*) para criar direitos reais limitados, que vão existir paralelamente ao seu direito de propriedade. Nessa situação, o poder do proprietário de agir como bem entender em relação à coisa fica limitado pelos direitos de terceiros que ele próprio (proprietário) criou. Isso ocorre quando, por exemplo, o proprietário de uma casa concede a outra pessoa o direito real de habitação (*Wohnungsrecht*) sobre o edifício, ou partes dele, de maneira que essa pessoa poderá utilizar e possuir o imóvel (§ 1093 do BGB)¹³⁹.

De qualquer forma, é muito diferente a situação quando há transferência dos poderes do proprietário pela via do direito das obrigações ou dos direitos reais. De fato, os direitos reais limitados têm um significado especial, visto que têm precedência sobre as disposições subsequentes do proprietário da coisa, isto é, a parte que adquiriu um direito real sobre a propriedade alheia poderá fazer valer esse direito mesmo contra um sucessor posterior do proprietário. Nas relações estabelecidas apenas com força de direito obrigacional, por outro lado, o titular de um direito somente poderá exercê-lo diante do sujeito com quem entabulou o vínculo obrigacional, visto que se trata de um direito relativo. Caso o direito de propriedade seja transferido a um

137 Nessa linha, adverte Lôbo que na “contemporaneidade, a função social afastou-se da concepção de limites externos, passando a integrar os próprios conteúdos da propriedade e da posse” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4, p. 129).

138 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

139 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

terceiro, ou se um terceiro ajuizar uma ação contra o proprietário, não será possível opor a existência da relação obrigacional àquele que não figurava como parte nela¹⁴⁰.

13. DIFERENTES FORMAS DE PROPRIEDADE

Ao lado da propriedade individual (*Alleineigentum*), o direito alemão também admite que a propriedade possa ser partilhada entre várias pessoas. Sobre o tema, o BGB reconhece formas diversas para a regulamentação das relações jurídicas externas e internas decorrentes da copropriedade: a) a copropriedade por frações (*Miteigentum nach Bruchteilen*); e b) a copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*)¹⁴¹.

Na copropriedade por frações (§§ 1.008 e seguintes do BGB), salvo disposição em contrário, os coproprietários detêm uma parte abstrata de um bem, uma cota-parte ideal (*ideeller Bruchteil*), que pode ser livremente cedida e que representa a parte do valor que caberia a cada um dos coproprietários em caso de divisão¹⁴². Essa copropriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) pode resultar diretamente da lei, como se dá na adjunção (*Verbindung*) de coisas móveis pertencentes a várias pessoas (§ 947, 1 do BGB)¹⁴³, bem como pode decorrer de um negócio jurídico, particularmente pela transmissão de um bem a várias pessoas¹⁴⁴.

A copropriedade por frações, que no Código Civil brasileiro é chamada de condomínio geral (art. 1.314 e seguintes), é a figura mais comum no direito alemão. Ela sempre ocorre quando várias pessoas adquirem uma coisa sem estarem ligadas entre si por um vínculo de mão comum. Entretanto, o proprietário único de uma coisa também pode concedê-la a outra pessoa, em um negócio de disposição, passando ambos a serem coproprietários¹⁴⁵.

140 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

141 MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 289.

142 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 16.

143 § 947, 1 do BGB: “União de coisas móveis. Se se produz a união entre si de coisas móveis, de tal maneira que se convertem em partes integrantes de uma coisa unitária, os anteriores proprietários se tornam coproprietários desta coisa; as cotas se determinam na proporção do valor que as coisas tinham no momento em que se produz a união”.

144 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 260.

145 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 442.

A copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*) é outra forma de copropriedade reconhecida pelo direito alemão¹⁴⁶. Nela, cada um tem simultaneamente a propriedade de toda a coisa (*Jedem gehört Alles*), não existindo a propriedade de frações ideais. Ela surge nos casos em que vários sujeitos de direito formam uma comunhão patrimonial com base em relações jurídicas pessoais especiais. O BGB conhece somente três tipos dessa forma de copropriedade: a) a comunidade de sucessores (*Erbengemeinschaft* – § 2.032 do BGB); b) a comunhão entre esposos (*eheliche Gütergemeinschaft* – § 1.416 do BGB); e c) a sociedade de pessoas (*Gesellschaftsvermögen* – § 718 do BGB)¹⁴⁷.

A diferença essencial da copropriedade por frações em relação à copropriedade de mão comum é que, nesta, os coproprietários estão impossibilitados de dispor de sua parte abstrata sem o consentimento dos outros. Vale ainda notar que não se permite a criação de novas formas de copropriedade de mão comum por meio de negócio jurídico¹⁴⁸.

Por derradeiro, vale frisar que o condomínio edilício é uma forma especial de copropriedade, que surge, conforme o § 10, 1 da Lei de Condomínios Edifícios (*Wohnungseigentumsgesetz* – WEG), pela existência de propriedade particular (*Alleineigentum*) sobre uma habitação em conexão com a propriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) sobre as áreas comuns¹⁴⁹.

14. A PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Como um direito absoluto, a propriedade sobre uma coisa é protegida contra todos. A salvaguarda da propriedade privada contra medidas tomadas pelo Estado encontra previsão no art. 14 da Lei Fundamental. Já a tutela da propriedade contra a interferência de outros particulares é regida pelo direito civil¹⁵⁰.

146 A copropriedade de mão comum também existe no direito da Suíça e de Liechtenstein, onde é conhecida como *Gesamteigentum*. No Brasil, a figura está igualmente presente, falando-se usualmente no sistema da comunhão, cujo exemplo clássico é a comunhão universal de bens existente entre cônjuges (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5, p. 777).

147 MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 289.

148 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 17.

149 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 124.

150 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 490.

Para tanto, o BGB permite ao proprietário a utilização de pretensões de defesa, de restituição e de indenização contra os atos não autorizados de terceiros que violem o direito de propriedade. Ainda, considerando que no direito alemão, como no brasileiro, o proprietário pode ser possuidor (direto ou indireto) da coisa, a violação do direito de propriedade é, em muitas situações, também uma usurpação da posse. Nesses casos, o proprietário pode, além das pretensões fundadas no direito de propriedade, fazer valer também as pretensões relacionadas com a proteção da posse. Desse modo, as pretensões possessórias se colocam em concorrência com as pretensões fundadas no direito de propriedade¹⁵¹.

14.1. A pretensão de restituição do proprietário

O proprietário pode exigir a restituição da coisa, desde que o possuidor não tenha direito à posse. A restituição da coisa significa a transmissão da posse pelo até então possuidor ao proprietário. Tal pretensão é uma das mais relevantes do BGB e pode ser considerada a forma mais importante de proteção da propriedade¹⁵². Permite ao proprietário agir contra o possuidor irregular com fundamento no § 985 do BGB (*Herausgabeanspruch* ou *Vindikationsanspruch*), que dispõe: “O proprietário pode exigir do possuidor a restituição da coisa”¹⁵³.

O disposto no § 985 do BGB deve, entretanto, ser interpretado em conjunto com o § 986 (*Einwendungen des Besitzers*), também do BGB¹⁵⁴. Com isso, o possuidor deve devolver a coisa, a menos que ele esteja exercendo um direito à posse (§ 986, 1 do BGB), que pode resultar: a) de uma relação de direito obrigacional entre o proprietário e o possuidor, como, por exemplo, um contrato de locação (§ 535 do BGB)¹⁵⁵; b) de um direito real limitado, como é o caso do usufruto (§ 1036 do BGB). Ressalvadas essas situações, que impõem limites à pretensão de restituição, a forma como o possuidor obteve a coisa é irrelevante para o pedido de restituição, uma vez

151 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 443.

152 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 321.

153 Transcrição do texto original do § 985 do BGB: “Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen”.

154 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 215.

155 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

que a propriedade abrange também o direito ao exercício do poder fático sobre a coisa¹⁵⁶.

Diferentemente do estabelecido pelo § 1.007 do BGB para a pretensão possessória, a restituição ao proprietário não exige que o atual possuidor esteja de má-fé ou que a coisa tenha sido extraviada de alguma forma ou ainda que tenha ocorrido uma privação ilícita da posse. Assim sendo, a pretensão do § 985 do BGB se dirige também contra o ladrão ou mesmo contra aquele que encontrou a coisa¹⁵⁷.

A partir da interpretação conjunta dos §§ 985 e 986 do BGB resultam as três condições necessárias para a pretensão: a) a propriedade pelo requerente, isto é, o titular da pretensão deve ser proprietário da coisa; b) a posse pela parte contrária, dirigindo-se a pretensão tanto contra o possuidor direto como contra o possuidor indireto; c) o possuidor, perante o proprietário, não pode ter direito de posse (§ 986)¹⁵⁸.

Por conseguinte, o § 985 apresenta os pressupostos da pretensão a serem demonstrados pelo requerente, enquanto o § 986 contém as objeções, que devem ser provadas pelo réu. Ademais, a pretensão em questão pode ser utilizada tanto pelo proprietário de coisa móvel como de coisa imóvel¹⁵⁹.

14.2. Proteção contra a turbacão de propriedade: pretensão de cassação e de omissão

O proprietário, como titular de um direito absoluto, não é protegido somente contra a privação da posse. A legislação alemã também prevê proteção contra outras interferências perturbadoras da propriedade¹⁶⁰. Entre essas normas, no âmbito do título que cuida das pretensões ligadas à propriedade (*Ansprüche aus dem Eigentum*), está o § 1.004, 1 do BGB, que garante ao proprietário a proteção contra qualquer turbacão da propriedade que não represente privação ou retenção da posse¹⁶¹.

156 SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 79.

157 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 443.

158 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 65.

159 KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 321.

160 KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

161 MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 218.

Nesse contexto, complementando a pretensão de restituição (*Herausgabeanspruch*), o § 1.004, 1 do BGB concede ao proprietário dois tipos de pretensão, ou seja, para a cessação (*Beseitigungsanspruch*) ou para a omissão (*Unterlassungsanspruch*) de qualquer outra turbacão futura que afete o seu direito de propriedade¹⁶². Considerando a proximidade das pretensões do § 1.004, 1 do BGB com a *actio negatoria* do direito romano, ainda hoje as pretensões mencionadas são chamadas de *actio negatoria* ou de pretensão negatória (*negatorischer Anspruch*)¹⁶³.

Assim sendo, pode-se exigir: a) que uma violacão já existente seja reparada às expensas do seu causador (*Beseitigung*), restaurando-se à situacão que existia anteriormente¹⁶⁴; b) que futuras turbacões à propriedade sejam omitidas (*Unterlassung*)¹⁶⁵.

Graças à sua formulacão geral, o § 1.004 do BGB se aplica a turbacões da propriedade móvel e imóvel, no entanto, sua aplicacão prática se dá principalmente em relacão a imóveis¹⁶⁶.

Desse modo, a pessoa que tem seu direito de propriedade turbado pode exigir a cessacão da turbacão (*Beseitigung*), desde que ela continue, isto é, tenha duracão (e.g. depositar resíduos em propriedade sem autorizacão)¹⁶⁷. Também é requisito para a concessão da pretensão de cessacão que a turbacão da parte contrária seja ilícita. Se o proprietário está obrigado a tolerar a turbacão ao direito de propriedade, como sucede em muitas relacões de vizinhança (e.g. pode-se exigir que o vizinho tolere determinados barulhos), a pretensão não é admitida. E os custos para a cessacão da turbacão devem ser suportados pela pessoa que a está causando¹⁶⁸.

Caso o proprietário tema a provocacão de novas turbacões, isto é, a sua continuidade, tem ele contra o ofensor uma pretensão de omissão (*Unterlassung*). Tal

162 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 137.

163 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 390.

164 STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 27.

165 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 444.

166 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 496.

167 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 216.

168 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 65.

pretensão objetiva prevenir futuras turbações, demandando os seguintes requisitos: a) uma concreta ameaça de violação de um direito ou de um bem jurídico; b) o perigo de repetição de uma interferência ilegal (caso tal interferência já tenha ocorrido)¹⁶⁹.

A pretensão é dirigida contra aquele que provoca a turbação, ou seja, aquele que causa, por suas ações (*Handlungsstörer*) ou pela manutenção de uma condição (*Zustandsstörer*), uma deterioração da propriedade. A pretensão fundada no § 1.004 do BGB surge mesmo se a pessoa que causou a turbação não tiver culpa, bastando, portanto, que a conduta simplesmente seja ilegal¹⁷⁰.

De fato, qualquer deterioração da propriedade é ilegal, a menos que a parte interveniente esteja autorizada. Existem então situações em que o proprietário deve tolerar a intervenção, o que pode decorrer de um dever de tolerância surgido de uma relação jurídica de direito público ou de direito privado, bem como de uma disposição legal baseada no direito privado ou público (§ 1.004, 2 do BGB)¹⁷¹.

Em matéria imobiliária, o § 906, 1 do BGB fornece mais pormenores, enumerando os principais tipos de turbação (*Beeinträchtigung*). Referido texto legal trata dos problemas relativos à introdução de gases, vapores, odores, fumaça, fuligem, calor, ruído, trepidações e outras emissões provenientes de um imóvel alheio. Em qualquer caso, a ação deve ser dirigida contra o autor da turbação, ou seja, contra a pessoa que, pelo seu ato, criou a fonte da turbação¹⁷². E a doutrina tradicional alemã fala, a esse propósito, de um turbador pelo ato (*Handlungsstörer*), que expressa a necessidade de uma causa proposital da turbação, e de um turbador situacional (*Zustandsstörer*), que tenha, ao menos, causado a situação de turbação¹⁷³.

As pretensões de cessação e omissão podem coexistir, mas o § 1.004 do BGB não permite pedido de indenização. Eventual indenização deve ser exigida na forma do § 823 do BGB.

Por fim, vale notar que o § 1.004 do BGB é aplicado analogicamente a todos os outros direitos absolutos, a menos que eles gozem de proteção especial por meio de disposições legais especiais. Aliás, é bastante importante a utilização por analogia da

169 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 498.

170 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 444.

171 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 140.

172 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 261.

173 SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 92.

referida norma para a proteção dos bens jurídicos mencionados no § 823, 1 do BGB, ou seja, a vida, a saúde, a liberdade e o direito geral da personalidade¹⁷⁴.

14.3. A proteção contra a turbacão da propriedade: problemas de vizinhança

Na prática, o principal caso de aplicação da ação prevista no § 1.004 do BGB é a proteção contra a turbacão anormal na vizinhança (*zivilrechtlicher Nachbarschutz*)¹⁷⁵.

De fato, os terrenos, edificados ou não, estão mais expostos a esse tipo de turbacão do que as coisas móveis, o que explica a existência de regras complementares nos §§ 906 a 912 do BGB, que estabelecem as condições em que o proprietário de um imóvel deve tolerar certas perturbações provenientes de um imóvel vizinho¹⁷⁶.

Em todo caso, não é qualquer interferência (*Einwirkung*) em um imóvel que vai necessariamente levar a uma turbacão nos termos do § 1.004 do BGB. O § 906, 1 do BGB estabelece que a turbacão não deve criar uma simples restrição “insignificante” (*unwesentlich*), disposição que deve ser apreciada caso a caso pelo juiz, levando em conta o padrão do homem médio, isto é, um critério objetivo (*objektiver Maßstab*)¹⁷⁷.

Aliás, a jurisprudência atribui especial importância no que toca à avaliação objetiva do grau de turbacão, em particular em relação ao ruído, à poluição atmosférica e às perturbações por trepidações¹⁷⁸. Conforme entendimento do Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH), no conceito de homem médio, deve-se também levar em conta o interesse geral e os valores jurídicos¹⁷⁹.

Além disso, a turbacão deve ser causada pelo homem e não consistir em um incômodo puramente negativo (*negative Einwirkungen*) ou ideal (*ideelle Einwirkungen*). Isso exclui privações de luz, sol ou ar, perturbações na recepção de ondas de rádio, bem como a chamada poluição visual¹⁸⁰.

174 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 497.

175 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 390.

176 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

177 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 499.

178 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

179 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 499.

180 MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 226-227.

A ação para a cessação ou a eliminação do problema não será bem-sucedida se o autor for obrigado a suportar a turbação (§ 1.004, 2 do BGB). Esse dever de tolerância (*Duldungspflicht*) pode resultar, nomeadamente, da existência de servidões (*Dienstbarkeiten*) ou de autorizações administrativas (e.g. instalação no imóvel, com autorização pública, de uma estação de rádio), ou ser justificado por um perigo proveniente do imóvel¹⁸¹.

Na maioria das vezes, tal dever encontra seu fundamento no § 906 do BGB. De acordo com o referido texto, a turbação deve ser tolerada quando cria uma simples restrição insignificante (*unwesentliche Einwirkung*). Esse é o caso do ruído provocado pelo vizinho que sai com seu carro da garagem de manhã e volta a entrar na garagem à noite¹⁸².

Outrossim, a turbação também deve ser tolerada quando cria um inconveniente significativo (*wesentliche Einwirkung*), mas tal inconveniente significativo: a) esteja em conformidade com os costumes locais (*die ortsüblichen Einwirkungen*), sendo que, para a avaliação dos costumes locais, é necessário comparar a propriedade em questão com outras propriedades da região; b) não seja possível aos usuários do imóvel vizinho impedir o inconveniente por meio de medidas economicamente aceitáveis (§ 906, 2 do BGB)¹⁸³. Nesse caso, uma compensação razoável em dinheiro será devida ao proprietário (*angemessene Entschädigung*), a qual será quantificada conforme os princípios que regem o cálculo das indenizações em caso de expropriação¹⁸⁴.

Em suma, o proprietário do terreno deve tolerar as emissões do terreno vizinho que: a) não o prejudiquem; b) as que o prejudiquem apenas de modo insignificante; c) as que o prejudiquem de modo significativo, mas que sejam causadas por um uso habitual na localidade e desde que não possam ser impedidas por medidas economicamente razoáveis.

14.4. Pretensão à reparação de danos

181 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

182 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 500.

183 SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 95.

184 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017 p. 262.

Os atos ilícitos, praticados com dolo ou culpa, permitem, conforme o § 823 do BGB, o ajuizamento de uma pretensão do proprietário contra o infrator para a obtenção de reparação dos danos sofridos (*Anspruch auf Schadensersatz*)¹⁸⁵.

Trata-se de uma pretensão que resulta da conduta ilícita da parte contrária (*Anspruch aus unerlaubter Handlung*), isto é, de uma pretensão fundada na responsabilidade civil (*Deliktsrecht*)¹⁸⁶.

Ademais, vale notar que a pretensão à reparação de danos, que é garantida pelo § 823 do BGB, não faz parte da proteção do § 1.004 do BGB.

14.5. Outras ações contra o possuidor irregular

A regulamentação alemã da relação entre possuidor e proprietário, como foi visto, é bastante complexa. Ao lado da pretensão fundada no § 985 do BGB, existem pretensões acessórias do proprietário contra um possuidor irregular do bem. São as pretensões da chamada relação proprietário-possuidor, previstas nos § 987 a 1.003 do BGB¹⁸⁷.

Nessa situação, o direito alemão reconhece o surgimento de uma relação obrigacional legal (*gesetzliches Schuldverhältnis*) entre o proprietário e aquele que tem a posse injusta, a já mencionada relação proprietário-possuidor (*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – E-B-V*)¹⁸⁸.

Assim, com o preenchimento de todas as condições para a pretensão de restituição, o BGB concede ao proprietário o direito à restituição dos ganhos retirados da propriedade pelo possuidor (§§ 987 e 988 do BGB), bem como à indenização por perdas e danos (*Schadensersatz*) quando a coisa tenha sido danificada ou perdida indevidamente pelo possuidor (§§ 989 do BGB). O possuidor, por outro lado, pode reclamar o reembolso das despesas necessárias que efetuou na coisa (§§ 994 do BGB)¹⁸⁹.

185 DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 264.

186 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 66.

187 SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 79.

188 KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 216.

189 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 263.

O objetivo dessas regras é privilegiar o possuidor de boa-fé, que não deve temer uma pretensão de restituição dos ganhos nem uma pretensão de perdas e danos¹⁹⁰. Por outro lado, prevê a legislação sanções mais graves para o possuidor de má-fé¹⁹¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das coisas é uma das áreas do direito civil que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-germânico, uma vez que o processo de recepção do direito romano nessa seara foi bastante acentuado. A despeito disso, percebe-se facilmente a existência de um dualismo entre os países da *civil law*, que coloca, de um lado, o grupo que segue um sistema de matriz francesa, e, de outro, um grupo de matriz alemã.

Nesse contexto, o direito das coisas alemão apresenta peculiaridades bastante importantes, entre as quais talvez a mais relevante seja a adoção do princípio da abstração, que não encontra correspondência entre os países que seguem a matriz francesa. Esse princípio procura dar maior segurança jurídica nas negociações envolvendo direitos reais, especialmente no que toca à transferência de bens imóveis.

O princípio da separação é pré-requisito para a existência da abstração, isto é, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas, o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos, como no brasileiro, em que existe a separação, mas não existe a abstração, pelo menos conforme entendimento da doutrina amplamente majoritária. A abstração determina que o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresente defeituoso.

Outro aspecto muito relevante do estudo do direito das coisas alemão é a vinculação social desses direitos, que não devem satisfazer apenas as necessidades egoístas do seu titular. O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, de modo que a utilização da propriedade deve também servir ao bem comum, o que está em consonância com os valores de um Estado de Direito Democrático e Social.

190 MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 155.

191 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 263.

Entretanto, ao contrário do defendido por muitos autores no Brasil, na Alemanha, a vinculação social da propriedade não integra o próprio conteúdo desse direito. Os estudiosos alemães consideram a vinculação social como um limite ao direito de propriedade. Além disso, a utilização desse princípio pelos tribunais alemães se dá de forma muito mais serena e comedida, o que contrasta com a realidade brasileira, onde muitas decisões judiciais utilizam a função social como um cheque em branco, que permite, de forma quase que arbitrária, a socialização da propriedade privada.

Por outro lado, o estudo realizado também permitiu verificar que a forma de proteção do direito de propriedade na Alemanha, apesar dos resultados semelhantes e da inspiração romana, é um pouco diversa da sistemática brasileira. Isso talvez se explique pelo respeito que os tribunais alemães têm pelo BGB, bem como pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta, que suaviza bastante as incursões do direito constitucional sobre o direito civil.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã no âmbito do direito das coisas brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é inegável que a matéria apresenta pontos de divergência extremamente relevantes entre os dois países. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral do direito das coisas na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças, que não devem ser olvidadas.

REFERÊNCIAS

- BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.
- BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.
- CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*. Padova: CEDAM, 1992.
- DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

- EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5.
- FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.
- HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 ed. Berlim: de Gruyter, 1996.
- KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018.
- KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.
- KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1269-1388.
- KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.
- LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.
- MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016.

- MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PIETREK, Marietta. *Konsens über Tradition?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017.
- ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- SHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.
- STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- STRACK, Astrid. Hintergründe des Abstraktionsprinzips. *Juristische Ausbildung (JURA)*, Berlin, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011.
- STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2012, p. 50-65.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WEBER, Ralph. *Sachenrecht: Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung (DBJV-Mitt.)*, a. 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

**A DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO (ART. 157, §5º, DO
CPP): ESTUDO DOUTRINÁRIO ACERCA DE SUA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE**

***THE DECONTAMINATION OF THE JUDGMENT: A DOCTRINAL
RESEARCH ABOUT IT'S (UN)CONSTITUTIONALITY***

Maria Fernanda Campello de Souza
Advogada
Bacharel em Direito pela UFPE/FDR

RESUMO: A Lei nº 13.964/19 inseriu diversas modificações no Código de Processo Penal, com o objetivo de aprimorar o sistema acusatório e de assegurar a imparcialidade do julgador. Dentre as referidas modificações, está a inclusão do §5º ao art. 157, que dispõe sobre a descontaminação do julgamento, determinando o afastamento do órgão julgador que conhecer o conteúdo das provas declaradas inadmissíveis. A descontaminação do julgamento e os argumentos trazidos pela doutrina a favor e contra a constitucionalidade do instituto, pois, são o objeto do presente estudo, fazendo-se uma análise das principais teses para tentar achar uma solução à controvérsia.

ABSTRACT: *The Law nº 13.964/19 included several changes to the Brazilian Code of Criminal Procedure, with the aim of improving the accusatory system and ensuring the impartiality of the judge. Among the aforementioned modifications, is the inclusion of §5º to art. 157, which provides the decontamination of the judgment, determining the removal of the judge who knows the content of the evidence declared inadmissible. The decontamination of the judgment and the arguments brought by the doctrine in favor and against the constitutionality of the institute, therefore, are the object of the present study, making an analysis of the main theses to try to find a solution to the controversy.*

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro recebeu diversas modificações nos últimos anos com o objetivo de assegurar eficazmente às partes os direitos e garantias fundamentais, além de adequar o diploma à realidade do século XXI. Uma dessas mudanças ocorreu com o advento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

O Pacote Anticrime foi resultado da união de duas propostas: uma coordenada pelo ministro do STF Alexandre de Moraes, e outra liderada pelo então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, e teve como norte o combate mais efetivo à criminalidade, em especial, àquela organizada. Para isso, promoveu alterações em 17 diplomas normativos, entre eles o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e a Lei das Intercepções Telefônicas (Lei nº 9.296/1996).

No que tange ao CPP, as principais mudanças promovidas pela Lei nº 13.964 foram a positivação da audiência de custódia (art. 310) e a instituição do juiz das garantias (artigos 3º-A a 3º-F), além da descontaminação do julgado (art. 157, §5º).

A tentativa de estabelecer a descontaminação do julgado, tema do presente estudo, não é novidade no direito brasileiro, tendo em vista que a reforma do CPP, promovida pela Lei nº 11.690/2008, previa a inclusão de um §4º ao citado art. 157, com a mesma redação do ora §5º, mas foi vetado pelo presidente da República.

Por descontaminação do julgado, entende-se a proibição imposta aos magistrados de, se conhecerem o conteúdo de provas declaradas inadmissíveis, não poderem proferir sentença ou acórdão. A medida visa assegurar a imparcialidade do órgão julgador, que poderia ser comprometida com o contato dele com fatos demonstrados no processo através de provas ilícitas.

Ocorre, no entanto, que, em 15 de janeiro de 2020, o então presidente do STF, ministro Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300, suspendendo a eficácia do art. 157, §5º. Em 22 de janeiro de 2020, o relator das referidas ações, ministro Luiz Fux, ratificou a suspensão da eficácia do dispositivo, *ad referendum* do Plenário, decisão que, até a presente data, ainda não foi incluída em pauta.

Enquanto as referidas ADIs não tiverem seu mérito analisado pelo STF, não se saberá, com segurança, se as medidas serão implementadas ou não no futuro. O certo

é que não há consenso na doutrina acerca da constitucionalidade do art. 157, §5º, do CPP, razão pela qual o presente estudo objetiva verificar os argumentos defendidos por ambos os lados para tentar achar uma solução para a controvérsia.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

1.1. Do conceito de provas

As provas são os meios pelos quais as partes demonstram suas alegações, permitindo o julgamento da causa pelo magistrado. Aury Lopes Jr.¹ sustenta que as provas são instrumentos de retrospectiva, já que estão voltadas ao passado, à reconstrução do fato delituoso. Pacelli, por sua vez, aduz que “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”².

No entanto, é importante lembrar que se abandonou a ideia da busca pela verdade real no processo penal, ou seja, a busca da verdade dos fatos, tal como ocorrida no momento da infração penal, obtida a qualquer preço, não é mais aceita no ordenamento jurídico. Renato Brasileiro, inclusive, afirma que “a prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos”³.

Dessa forma, percebe-se que, contemporaneamente, não se busca, através das provas, a exata identidade entre elas e os fatos ocorridos, já que a obtenção da verdade por qualquer meio deve ser reinterpretada à luz dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela CF/88, em especial a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, como se verá mais adiante.

No estudo das provas, mostra-se relevante uma análise das diferenças entre elas e os elementos informativos. Entende-se que as provas são obtidas durante o curso

1 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 556.

2 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 174.

3 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 9ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 70.

do processo penal, salvo as cautelares, as irrepetíveis e as antecipadas, em que há a presença do contraditório (por vezes, diferido) e da ampla defesa. Através delas, o magistrado pode formar sua convicção e até condenar o acusado.

Os elementos informativos, por outro lado, são produzidos durante a investigação criminal, fase marcada, em regra, pela ausência de contraditório e da ampla defesa. Nessa toada, o art. 155, caput, do CPP⁴ determina ser impossível a condenação do acusado unicamente com base nos elementos de informação. Ora, se não lhes foi dada oportunidade para rebatê-los e produzir provas em seu favor, não é possível condenar o réu com base neles apenas. A utilidade precípua, por conseguinte, dos elementos informativos é demonstrar a presença de justa causa (prova de materialidade do delito e indícios de autoria), possibilitando a formação da *opinio delicti* do órgão de acusação (em regra, o Ministério Público, consoante art. 129, I, da CF/88).

Já que as provas têm como objetivo formar o convencimento do magistrado acerca da ocorrência ou não da infração penal, é ele o destinatário imediato dela, sendo adotado, ademais, o princípio da identidade física do juiz, em que o magistrado que presidir a instrução deve proferir a sentença (art. 399, §2º, do CPP). O referido dispositivo visa proporcionar um contato direto entre o órgão julgador e a prova, auxiliando aquele na sua condição. É importante lembrar que, apesar de fortes vozes na doutrina defenderem a revogação tácita do art. 156, II, do CPP⁵, após o advento da Lei nº 13.964/19, ele ainda está em vigor, permitindo ao juiz, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, que determine a realização de provas para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Há ainda quem defenda que, com o Pacote Anticrime, o referido comando deve ser interpretado restritivamente, somente em favor do réu⁶.

Em vista disso, infere-se a importância das provas no processo, já que, através delas, encontrar-se-á o fundamento para a absolvição ou condenação do acusado,

4 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

5 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

6 MILANEZ, Bruno. Pacote Anticrime: agora o sistema é acusatório? Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/795451301/pacote-anticrime-agora-o-sistema-e-acusatorio>>. Acesso em: 20/02/2021.

razão pela qual maior atenção deve ser dada ao devido processo legal quando da produção delas.

1.2. Das provas ilegais

O art. 5º, LVI, da CF/88 consagra o princípio da vedação à utilização das provas obtidas por meios ilícitos (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). O fundamento da referida previsão é o fato de que a República Federativa do Brasil é considerada um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve respeito ao devido processo legal, observando os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, aduz Brasileiro: “deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal”⁷.

Com a vedação à utilização das provas obtidas por meios ilícitos, refuta-se a adoção, em definitivo, do princípio da busca da verdade real no processo penal pátrio. Com efeito, abdica-se da busca da verdade real para que sejam assegurados aos acusados seus direitos e garantias fundamentais.

A doutrina defende que a prova ilegal é gênero do qual são espécies a prova ilícita e a prova ilegítima. A prova ilícita seria aquela produzida com desrespeito à regra material, seja ela prevista na própria Constituição ou na legislação ordinária. A prova obtida, por exemplo, com violação de domicílio é considerada uma prova ilícita, já que a CF/88 consagra o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, X e XI). Igualmente o é a interceptação telefônica obtida sem autorização judicial, já que é protegida a inviolabilidade do sigilo das comunicações e dos dados (art. 5º, XII, da CF/88). Brasileiro⁸ defende que, em geral, esse tipo de prova é produzido em momento anterior ao processo, externamente a ele, não havendo obstáculo, no entanto, de ela ser produzida em juízo, como ocorreria se o acusado confessasse os fatos durante o interrogatório judicial, mas sem que lhe fosse assegurado, inicialmente, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII).

7 BRASILEIRO, op. cit., p. 641

8 BRASILEIRO, op. cit., p. 642.

Para ilustrar com exemplo da jurisprudência, foi considerada ilícita a prova obtida após a prisão em flagrante, em que os policiais determinaram que o indivíduo colocasse o celular no viva-voz, descobrindo, através das conversas travadas, que ele mantinha drogas em sua residência (REsp 1.630.097).

A prova ilegítima, por outro lado, é aquela produzida com violação à norma de direito processual, geralmente no curso do processo. É o caso, pois, de a parte apresentar documento durante o plenário do júri sem que o houvesse juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis prevista no art. 479 do CPP.

Tanto a Constituição (art. 5º, LVI) quanto o Código de Processo Penal (art. 157, caput), no entanto, não fazem distinção quanto às espécies de prova ilegal, denominando ambas de provas ilícitas. Em razão disso, parte da doutrina afirma que o tratamento dado às referidas espécies de prova deve ser o mesmo, devendo ambas serem desentranhadas do processo, enquanto outra parte defende que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, ao tempo que as provas ilegítimas deveriam seguir o tratamento conferido às nulidades. A depender da norma processual violada quando da produção da prova ilícita, esta poderia ser considerada absolutamente nula, com prejuízo presumido e podendo ser alegada a qualquer tempo, ou relativamente nula, onde a não arguição da nulidade no momento adequado levaria à preclusão, além da necessidade de se demonstrar o prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP).

1.2.1. Das provas ilícitas por derivação

O art. 157, §1º, primeira parte, do CPP determina que também serão consideradas inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. A doutrina nomeia tais provas como provas ilícitas por derivação, estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro em razão do acolhimento da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree theory*). A referida teoria, pois, foi inicialmente utilizada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920.

Renato Brasileiro conceitua as provas ilícitas por derivação como “os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”⁹. É o caso, por exemplo, de

9 BRASILEIRO, op. cit., p. 647.

obtenção de material probatório através de busca e apreensão lícita, porquanto autorizada judicialmente, porém justificada em escuta clandestina e, portanto, ilícita.

Apesar de não ser aceita, em um primeiro momento, os tribunais brasileiros, nos dias atuais, amplamente utilizam a teoria dos frutos envenenados para aferir a legalidade ou não das provas produzidas, sendo, portanto, uma teoria já consagrada.

No entanto, com o tempo, a própria Suprema Corte americana, seguida pelos tribunais pátrios, começou a perceber que não se podia admitir a rigidez das regras instituídas pela referida doutrina, razão pela qual outras teorias surgiram para abrandá-la, como se verá nos próximos subtópicos.

Gilmar Mendes¹⁰, inclusive, menciona que o abrandamento da teoria dos frutos da árvore envenenada visa a reduzir os casos de impunidade, tendo em vista que muitas vezes a prova ilícita é produzida nos primeiros estágios do conhecimento da infração penal, o que impede todo o resto da investigação e a instrução penal.

1.2.2. Teoria da fonte independente

A teoria da fonte independente (ou *independent source doctrine*) preconiza que é possível a utilização da prova obtida de forma autônoma àquela obtida de maneira ilícita, ou seja, se não houver relação alguma de dependência entre as duas provas, é possível a admissão da prova lícitamente obtida. Para Aury Lopes Jr, “ao considerar que uma prova derivada de outra ilícita pode ser admitida, desde que obtida por fonte independente, parece sinalizar para uma abertura do conceito, estabelecendo a aceitação de uma prova derivada, desde que – em tese – pudesse ser obtida por uma fonte independente”¹¹.

Renato Brasileiro¹² sustenta que se deve adotar a teoria da fonte independente com cautela, apenas quando ficar demonstrado, impreterivelmente, a ausência de nexos causal entre a prova ilícita e a prova obtida por meios lícitos. Para ele, caso restem dúvidas, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, considerando ilícita a prova por derivação.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 603.

11 LOPES JUNIOR, op. cit., p. 638.

12 BRASILEIRO, op. cit., p. 649.

Como se percebe, em verdade, a referida teoria não deveria ser considerada uma exceção à regra, já que, se não há nexo causal entre a prova ilícita obtida e a segunda, não há que se falar em prova ilícita por derivação.

Apesar disso, os Tribunais Superiores aceitam a aplicação da referida teoria e, em 2008, ela foi positivada no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei nº 11.690, que incluiu o §1º no art. 157 do Código de Processo Penal, na sua parte final (“...quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”).

1.2.3. Teoria da descoberta inevitável

Por essa teoria, também criada no âmbito jurisprudencial norte-americano, admite-se a utilização da prova que teria sido produzida por qualquer outro meio válido. Ela teria, pois, surgido no julgamento do emblemático caso *Nix v. Williams*, em que o indivíduo era acusado de matar uma criança e de ter escondido seu corpo. Para tentar achar o cadáver, foi montada uma grande operação de busca no local, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, mas, antes que o corpo fosse achado, obteve-se, por meios ilegais, a confissão do acusado e o local onde o corpo estava escondido. A busca realizada pelos voluntários e o local onde ela estava sendo realizada, entretanto, iriam levar, inevitavelmente, à descoberta do corpo, sem que fosse necessário obter-se a confissão do acusado. De acordo com Sérgio Moro e Manoela Moser, a Corte norte-americana julgou pela preponderância do interesse da sociedade, “no sentido de que o corpo da menina teria sido encontrado pelos voluntários (meio legal e válido), independente da declaração do acusado obtida ilegalmente”¹³.

Eugênio Pacelli¹⁴ menciona que, diferentemente do que ocorre na teoria da fonte independente, é possível que, na teoria da descoberta inevitável, haja nexo de causalidade entre a prova ilícita e a descoberta, sendo esse o ponto fulcral de diferenciação das duas teorias.

13 MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. Provas Ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Árvore envenenada. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/11910/pdf>>. Acesso em: 20/02/2021

14 PACELLI, op. cit., p. 191.

Apesar de o art. 157, §2º, do CPP, incluído também pela Lei nº 11.690, falar em fonte independente, a doutrina majoritária defende que a teoria acolhida pelo referido dispositivo é a teoria ora estudada, da descoberta inevitável.

1.3. Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)

Pela relevância do assunto, faz-se mister tecer algumas considerações sobre a serendipidade ou teoria do encontro fortuito de provas. O encontro fortuito ocorre quando, na apuração de uma determinada infração penal, descobrem-se provas de outro delito. A esse segundo delito, a doutrina dá o nome de crime achado e, apesar de ela ser muito utilizada na interceptação telefônica, não fica restrita a ela.

Renato Brasileiro aduz que, nesse caso, a validade da prova relativa ao crime achado fica condicionada à forma como a diligência foi conduzida: “se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida”¹⁵, diz o autor.

No âmbito das interceptação telefônicas, inclusive, em que pese o art. 2º, III, da Lei nº 9.296/96, vedar a utilização de referido meio de obtenção de prova para investigar crimes punidos com detenção, a jurisprudência pátria admite o uso da prova obtida através do encontro fortuito, inclusive para crimes achados punidos com detenção. Nesse sentido, confira-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto,

¹⁵ BRASILEIRO, op. cit., p. 657.

conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido¹⁶.

(AI 626214 AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825 RTJ VOL-00217-01 PP-00579 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 492-494)

E, ainda, o STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FRAUDE OU FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI 8.666/93. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. ILEGALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO E FISCAL. MATÉRIA TRATADA NO HC 63.886/PA E RMS19.593/PA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Descabe falar-se em nulidade das provas, quando obtidas a partir de interceptação telefônica, realizada em fase inquisitorial de investigação de crime punido com pena de reclusão, em que se obtém encontro fortuito de provas de outros delitos, punidos com pena de detenção.

II - É lícita a utilização de prova emprestada quando há o preenchimento de todas as exigências legais em sua colheita e submissão da prova ao crivo do contraditório judicial.

III - A quebra do sigilo fiscal foi realizada de acordo com os requisitos exigidos por lei, constatados indícios de autoria da infração penal de fatos investigados punidos com pena de reclusão, presentes autorização judicial e a constatação da impossibilidade de realização da prova por outros meios.

16 - STF. Segunda Turma. AI 626214 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/09/2010, DJe: 07-10-2010

IV - Inadmissível recurso especial que pretenda o revolvimento do conjunto fático-probatório com o fim de obter a revisão do julgamento realizado nas instâncias ordinárias, sob o fundamento de que não foi identificada conduta do réu que se subsuma ao tipo pela do art. 90 da Lei 8.666/93, passando à margem das provas válidas, testemunhais e documentais, produzidas, invocadas e que dão sustentação à conclusão das instâncias ordinárias pela condenação.

V - Deve ser mantida a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, o que impede sua revisão, exceto se ocorrer evidente desproporcionalidade.

Agravo regimental desprovido¹⁷.

A doutrina costuma diferenciar, ainda, a serendipidade de primeiro grau e a de segundo grau: na primeira, o crime achado tem alguma relação de conexão ou continência com o crime que autorizou a produção da prova, enquanto isso, na serendipidade de segundo grau, os crimes achados não têm relação alguma com o crime investigado..

Verifica-se, assim, que a serendipidade, além de ser amplamente aceita pelos Tribunais Superiores, é de muita valia no ordenamento jurídico brasileiro, visto que possibilita a utilização da prova obtida, inclusive, em processos administrativos ou cíveis, a título de prova emprestada, sem que se considere prova ilícita.

1.4. Da cadeia de custódia da prova

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) adicionou ao Código de Processo Penal os artigos 158-A a 158-F, positivando, no ordenamento jurídico brasileiro, a cadeia de custódia da prova. Apesar de a previsão legal ter acontecido no final do ano de 2019, a doutrina já defendia a sua aplicação, tomando por base a obrigação da autoridade policial de se dirigir ao local da infração logo ao ter conhecimento dela, para que o estado e a conservação das coisas não seja alterado até a chegada dos

17 STJ. Quinta Turma. AgRg no REsp 1717551/PA. Rel. Ministro Felix Fischer. Julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018.

peritos criminais (art. 6º, I, do CPP), colhendo todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e das suas circunstâncias (art. 6º, III).

O conceito de cadeia de custódia é descrito no próprio art. 158-A do CPP, *in verbis*:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte¹⁸.

Ou seja, a cadeia de custódia visa preservar a fonte das provas, através de uma série de atos especificados em lei, assegurando a integridade dos elementos probatórios. Preserva-se, pois, todo o encadeamento da prova, desde a sua coleta, utilização no processo penal até a sua inutilização. Com efeito, asseveram Luiz Antonio Borri e Rafael Júnior Soares:

Com as modificações operadas por meio da Lei 13.964/2019, o art. 158-B do Código de Processo Penal delimita a cadeia de custódia de forma detalhada, exigindo o rastreamento do vestígio pelas autoridades públicas nas seguintes etapas: i) reconhecimento; ii) isolamento; iii) fixação; iv) coleta; v) acondicionamento; vi) transporte; vii) recebimento; viii) processamento; ix) armazenamento; x) descarte¹⁹.

Apesar do minucioso tratamento dado à matéria pelo legislador, com descrição minuciosa de cada etapa a ser realizada, o Pacote Anticrime não previu a consequência jurídica da inobservância da cadeia de custódia da prova, ou seja, o que deve ocorrer quando houver quebra da cadeia. Nesse caso, cabe à doutrina, em um primeiro momento, indicar o que deve ser feito.

18 BRASIL. Código de Processo Penal.

19 BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da ilicitude da prova em razão da quebra da cadeia de custódia. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/179>>. Acesso em: 20/02/2021

Uma primeira corrente defende que à prova obtida através da quebra da cadeia de custódia deve-se atribuir um menor valor, em outros termos, a não observância da cadeia de custódia interferiria na credibilidade da prova.

Por outro lado, uma segunda corrente afirma que a quebra da cadeia de custódia conduziria à ilicitude da prova, já que feriria o devido processo legal, devendo ser inadmitida no processo. Como bem afirma Kellen Passos:

A ausência e/ou o rompimento da cadeia de custódia resulta no afastamento da verdade dos fatos e consequente comprometimento dos elementos probatórios. Sendo desconhecidos os caminhos percorridos pelas provas, bem como os agentes que com estas tiveram contato, facilmente o vestígio pode ser objeto de manipulação, ainda que não intencionalmente²⁰.

Nesse último sentido, parece caminhar a jurisprudência do STJ:

RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA GRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido

20 SOARES, Kellen Passos. Inadmissibilidade de provas ilícitas em decorrência da quebra da cadeia de custódia. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/inadmissibilidade-de-provas-ilicitas-em-decorrencia-da-quebra-da-cadeia/>>. Acesso em: 24/02/2021

pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

2. É dever do Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados.

3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizada apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa.

4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP.

5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício²¹. **(grifos nossos)**

Para arrematar, afirmam Luiz Antonio Borri e Rafael Júnior Soares:

De todo modo, entende-se que o melhor caminho é o reconhecimento da ilicitude probatória, pois entendimento diverso conduziria à relativização da própria orientação normativa e ao esvaziamento do propósito buscado pelo legislador. Ademais, o fato de se trabalhar com saídas distintas, gerará insegurança jurídica, ficando a consequência jurídica sempre baseada na discricionariedade do julgador²².

21 STJ. Sexta Turma. REsp 1795341/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019.

22 BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior, op. cit.

Dessa forma, percebe-se que o estudo da cadeia de custódia da prova possui íntima ligação com o estudo das provas ilegais.

1.5. Da consequência da utilização da prova ilícita no processo penal

O art. 157, §3º, do CPP determina que a prova declarada inadmissível deverá ser desentranhada do processo após a preclusão da decisão que a determine. A doutrina lembra que a referida determinação é aplicada em todos os processos penais, mas deve-se dar maior atenção aos julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri, em que os jurados não fundamentam suas decisões, baseando-as no seu livre convencimento. Dessa forma, nesses casos, deve-se dissolver o Conselho de Sentença e convocar outro para julgar o caso.

No que tange ao desentranhamento das provas ilícitas dos autos, o STF já entendeu que elas deverão ser retiradas, não havendo que se falar em retirar as peças processuais que faziam referência a elas. Verifique-se:

Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Processo Penal. 2. Suspensão do julgamento pelo Tribunal do Júri até a preclusão da pronúncia. Mesmo objeto do HC 132.512, afetado ao Plenário. Litispendência. Extinção da ação. 3. As instâncias ordinárias determinaram a exclusão do exame de alcoolemia. Pedido de exclusão de peças processuais que fazem referência à realização do exame. A denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime, pelo que, em princípio, estão fora da regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos – art. 5º, LVI, da CF. A legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, tampouco determina a exclusão de peças processuais que a elas façam referência – art. 157 do CPP. Não se pode impedir que os jurados tenham conhecimento da própria realização da prova ilícita e dos debates processuais que levaram à sua exclusão. As limitações ao debate em plenário são pontuais e especificadas nos arts. 478 e 479 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/08. A exclusão de prova ilícita não é contemplada nas normas de restrição ao debate. Normas de discutível constitucionalidade e que vêm sendo interpretadas restritivamente pelo STF. Precedentes. 4. Extinta a ação de

habeas corpus, quanto ao pedido de suspensão do julgamento pelo Tribunal do Júri, por litispendência, e, de resto, negado provimento ao recurso²³.

Pacelli²⁴ defende que, apesar de não haver, no CPP, o momento no qual o desenterramento deva ser realizado, este deve ocorrer antes da audiência de instrução criminal, desde que a prova ilegal tenha sido produzida em momento anterior.

1.6. Possibilidade de utilização das provas obtidas por meios ilícitos em favor do réu

Não obstante a previsão contida no art. 5º, LVI, da CF e no art. 157, §3º, do CPP, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo ser admissível a utilização das provas obtidas por meios ilícitos em favor do réu. Explica-se: a vedação à utilização das provas ilícitas é um direito fundamental, mas também o são o direito à liberdade e à ampla defesa. Dessa forma, diante de dois (ou mais) direitos fundamentais em conflito, entende-se que se deve usar a proporcionalidade em favor do réu para prevalecer sua liberdade, podendo ele se utilizar de provas ilícitas, em situações excepcionais, para comprovar a sua inocência.

Gilmar Mendes aduz que tanto a vedação à utilização das provas obtidas por meio ilícito quanto a ampla defesa são direitos que derivam do devido processo legal e, ao vedar a prova ilícita em favor do réu, com fundamento no devido processo legal, estar-se-ia diante de um paradoxo:

A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas)²⁵.

23 STF. Segunda Turma. RHC 137368/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 29/11/2016, DJe: 02/08/2017.

24 PACELLI, op. cit., p. 183.

25 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 604.

A vedação à utilização de provas ilícitas, portanto, seria direcionada à acusação, que não poderia delas se utilizar para impor uma sanção penal ao réu, cerceando a sua liberdade de alguma forma.

Entende-se que, em relação ao réu, a produção da prova ilícita para demonstrar sua inocência estaria pautada, em verdade, no estado de necessidade, excluindo-se, portanto, a ilicitude da prova. Nesse sentido, afirma Paulo Rangel:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito externo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária²⁶.

Em 1997, o seguinte julgado do STF considerou lícita a gravação de conversa telefônica por um terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores, com base na legítima defesa, uma das excludentes de ilicitude previstas no Código Penal (art. 23):

EMENTA: “Habeas corpus”. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

- Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve

26 RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 439.

violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). “Habeas corpus” indeferido²⁷.

Outrossim, o verbete nº 50 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo igualmente anuncia a possibilidade da utilização das provas ilícitas em favor da defesa.

Por fim, insta mencionar que há doutrina minoritária entendendo pela possibilidade da utilização da prova ilícita em favor da sociedade, diante das dificuldades encontradas pelo Estado para obter provas em desfavor, principalmente, da criminalidade organizada. Para essa corrente, seria possível, por exemplo, que os agentes de segurança pública procedessem à interceptação das correspondências dos custodiados, a fim de evitar danos mais sérios à sociedade, com a descoberta de mais informações sobre determinada organização criminosa. Como dito, trata-se de posição doutrinária minoritária, que não encontra acolhida na jurisprudência pátria.

27 STF. HC 74.678/SP, Relator Ministro Moreira Alves, Julgado em: 10/06/1997, DJ: 15/08/1997.

2. DA DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

Quando houve a reforma no processo penal, em 2008, com a alteração de inúmeros dispositivos legais pela Lei nº 11.690, foi incluído um §4º ao art. 157 do CPP, prevendo que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. No entanto, o referido parágrafo foi objeto de veto pelo presidente da República, sob o argumento de que:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada²⁸.

Com o veto do §4º, o curso do processo penal continuou igual como sempre foi: diante de uma prova declarada inadmissível – ilícita –, o magistrado apenas deveria desentranhá-la dos autos, continuando ele competente para o julgamento da causa, em especial em razão do princípio da identidade física do juiz, previsto no §3º do referido artigo.

Ocorre, no entanto, que o Pacote Anticrime incluiu um §5º no art. 157 do CPP, com redação idêntica àquela do vetado §4º, in verbis:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em

28 BRASIL. Mensagem nº 350. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>.

violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Inseriu-se, por conseguinte, no CPP, a obrigatoriedade da descontaminação do julgado, ou seja, pelo novo parágrafo, não basta que o magistrado desentranhe as provas ilícitas dos autos, sendo necessário que este também seja remetido ao seu substituto legal, já que o primeiro juiz já estará contaminado com a prova ilícita.

O dispositivo, por ora, está suspenso em razão da concessão da liminar *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal pelo ministro Luiz Fux, no âmbito da ADI nº 6.305. Enquanto não houver o julgamento do mérito da referida Ação Direta, não há como saber se o comando normativo será, efetivamente, implementado ou não. A doutrina, no entanto, já se debruça sobre o tema e sobre os seus efeitos no curso do processo penal, havendo fortes vozes tanto do lado que defende a constitucionalidade do referido parágrafo quanto daquele que pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade dele.

2.1. Da constitucionalidade do art. 157, §5º, do Código de Processo Penal

Dentre os defensores da constitucionalidade do §5º, está Aury Lopes Júnior²⁹, para quem a inclusão do referido parágrafo vem ao encontro da garantia da imparcialidade do julgador.

Essa corrente se utiliza, majoritariamente, da teoria da dissonância cognitiva para defender a constitucionalidade do dispositivo. Segundo a citada teoria, retirada no âmbito da Psicologia Social – área que estuda como as influências sociais moldam o comportamento humano³⁰ –, o ser humano busca, inconscientemente, quase sempre, manter um nível de coerência entre seus valores, ideais e crenças, já que o pensamento contraditório, em especial sobre temas relevantes, gera uma tensão

29 LOPES JUNIOR; RITTER, op. cit..

30 ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/227/197>>. Acesso em: 28/02/2021

ou angústia psicológica. Nesse sentido, afirmam Mayza Kethone Santos, Priscilla Cândida Magalhães e Cristian Kiefer da Silva:

O ser humano possui ideias ou cognições que são consonantes (coerentes e compatíveis), mas pode ter também opiniões ou convicções dissonantes (incoerentes ou incompatíveis) entre conjuntos de elementos diversos. E naturalmente, a busca pela consonância, em manter um estado de coerência consigo mesmo, é a regra, tendo-se por exceção a aceitação de incoerências (dissonâncias)³¹.

O desconforto causado pelas incoerências, portanto, é o que Festinger denominou de dissonância cognitiva. A consciência de que há pensamentos conflitantes sobre o mesmo tema leva o indivíduo a modificar seu comportamento, a fim de manter uma coerência e eliminar a angústia psicológica causada pelos pensamentos dissonantes.

Para Jordan Vilas Boas Reis³², quanto maior a dissonância entre os pensamentos do indivíduo, maior será o dispêndio de energia com o objetivo de diminuí-lo e, ademais, de evitar situações que possam agravá-lo. Aury Lopes Jr. aduz:

Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas³³.

Dessa forma, percebe-se que, para a referida teoria, a tensão causada pela presença de pensamentos conflitantes na cabeça do indivíduo o leva a direcionar seu comportamento no sentido de reduzir essas inconsistências, esquivando-se

31 SILVA, Cristian Kiefer da; MAGALHÃES, Priscilla Cândida; SANTOS, Mayza Kethone. O juiz das garantias e a teoria da dissonância cognitiva. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86674/o-juiz-das-garantias-e-a-teoria-da-dissonancia-cognitiva>>. Acesso em: 28/02/2021.

32 REIS, Jordan Vilas Boas. Teoria da Dissonância Cognitiva: a primeira impressão é a que fica? Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/646722118/teoria-da-dissonancia-cognitiva-a-primeira-impressao-e-a-que-fica>>. Acesso em: 28/02/2021.

33 LOPES JUNIOR, Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 28/02/2021

de caminhos que poderiam aumentá-las. Há, logo, uma tendência a selecionar os comportamentos e as informações que corroborem os valores presentes no íntimo do indivíduo (busca seletiva de informações), aliada à inércia ou perseverança (mecanismo de ratificação das hipóteses). É o caso de uma pessoa que compra uma casa: feita a escolha, ele procurará argumentos que enalteçam sua decisão, ou seja, buscará os aspectos positivos da casa para referendar a sua decisão, minimizando os defeitos que possam surgir.

A teoria da dissonância cognitiva é utilizada em várias áreas do comportamento humano e foi trazida para o processo penal pelo jurista alemão Bernd Schünemann. Com efeito, pode-se visualizar a aplicação da teoria no processo penal em razão do fato de o magistrado ter que lidar com duas teses contraditórias – a da acusação e a da defesa – além da sua própria opinião sobre os fatos.

Assim que tem contato com o processo, o juiz, pois, já passa a criar uma imagem mental de como os fatos ocorreram, passando, assim, a pender seu pensamento para uma das duas teses apresentadas, buscando elementos que a referendem. A aplicação dessa teoria no processo penal também é utilizada para justificar a necessidade do juiz das garantias, também acrescentada no processo penal pelo Pacote Anticrime (artigos 3º-B a 3º-F) e igualmente suspensa por ordem do ministro Fux, na já citada ADI 6305, visto que, ao deferir ou indeferir a produção de certas diligências no curso da investigação criminal, o magistrado tenderia a buscar meio de corroborá-las no curso do processo. Um juiz, por exemplo, que defira o pedido de prisão preventiva de um investigado penderá a julgá-lo culpado ao final do processo. A instituição do juiz das garantias serviria, então, para corroborar a imparcialidade do magistrado que julgará o mérito do processo, ao afastá-lo de emitir decisões em momento anterior.

A importação da teoria da dissonância cognitiva, por Schünemann, ao processo penal, inclusive, pautou-se justamente na relação do conhecimento prévio do magistrado acerca do caso, na fase da investigação criminal, e no resultado do processo. Nesse sentido, afirma Jordan Vilas Boas Reis:

Ao tratar de um dos experimentos realizados, no qual foi dado um caso para a apreciação dos juízes, Schünemann (2012) relata que todos os 17 juízes criminais, que conheceram o inquérito, condenaram. Por outro lado, os juízes que não foram equipados com esta peça de informações (18 juízes) sentenciaram

com maior nível de ambivalência, tanto que, nesse grupo, 8 condenaram e 10 absolveram o acusado³⁴.

Em sua dissertação para obtenção de pós-graduação em Ciências Criminais, Ruiz Ritter afirma que, na aplicação da teoria da dissonância cognitiva no processo penal, há a observância de dois fenômenos: a dissonância pós-decisória, que, como o nome já diz, se apresentaria após a tomada da decisão, em que o indivíduo iria procurar argumentos que corroborassem a decisão perseguida, e a dissonância pós-primeira impressão. Por esse último fenômeno, entende-se a tendência de se confirmar a primeira impressão, seja ela positiva ou negativa, sobre determinada pessoa ou coisa (efeito primazia). Em outro sentido, pela dissonância pós-primeira impressão, o indivíduo tem dificuldade em alterar a primeira impressão que teve sobre determinado assunto. Nesse sentido, continua o autor: “não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevivendo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao restabelecimento do status quo”³⁵.

É justamente com base nesse ramo da teoria da dissonância cognitiva – dissonância pós-primeira impressão – que se faz relação com a descontaminação do julgado, prevista no art. 157, §5º, do CPP. O contato do magistrado com a prova ilícita produz nele um juízo de valor sobre o fato a que a prova se refere que, dificilmente, ele tenderá a mudar, mesmo com robustas provas no sentido contrário. Mesmo que ilícita, portanto, a prova produz uma primeira impressão no magistrado sobre os fatos demonstrados.

Desse modo, para os que defendem a constitucionalidade da descontaminação do julgado, é imperioso que o magistrado que tenha tido contato com a prova declarada inadmissível seja afastado, pois, de acordo com a teoria da dissonância cognitiva, ele tenderá a corroborar a primeira impressão que teve sobre o fato demonstrado com a prova ilícita. Haveria, nesse caso, um forte abalo à imparcialidade do juiz, que não julgaria o caso com a necessária equidistância das partes, mas tentaria manter a sua primeira impressão sobre o caso. Nesse sentido, questiona Aury Lopes Jr.:

34 REIS, op. cit.

35 RITTER, RUIZ. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 28/02/2021.

Agora, não haverá mesmo dúvida sobre a imparcialidade do julgador nesse contexto? Será possível eliminar os efeitos dessa prova ilícita na psique do juiz ou sequer dimensioná-los, em termos de influência sobre as demais cognições e decisões? E é razoável tolerar essa crença ingênua de que o julgador não se utilizará – consciente ou inconscientemente – dos conhecimentos ilicitamente obtidos, após excluídos do processo, durante a marcha processual subsequente e na sentença?³⁶

Guilherme Madeira Dezem também entende dessa forma, afirmando que “não é possível que se exija do magistrado o que ele não pode dar, ou seja, isenção. Não se imagina como seja possível ao magistrado retirar de sua mente o conhecimento da prova ilícita para que julgue de maneira isenta o acusado sem levar essa prova em consideração”³⁷.

Euro Bento Maciel Filho³⁸ dá um exemplo que ilustra bem a tese defendida por essa corrente: ao julgar procedente um recurso em razão da presença de uma prova ilícita que fundamenta a decisão, se o Tribunal remeter os autos ao mesmo magistrado que proferiu a primeira decisão, como acontece até então no processo penal, dificilmente esse magistrado irá alterar o sentido de sua decisão. Se ele havia condenado o réu, muito provavelmente irá manter sua decisão, mas buscará novas provas que a fundamentem.

O §5º dispõe que o juiz que conhecer da prova inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão, demonstrando que o comando se aplica tanto aos juízes de primeira instância quanto aos tribunais. A doutrina³⁹, no entanto, sustenta que o referido dispositivo apenas não seria aplicado quando o julgamento estiver afeto ao Plenário do STF ou do STJ ou à Corte Especial dos respectivos tribunais, já que não seria possível convocar novos julgadores.

36 LOPES JUNIOR, RITTER, op. cit.

37 DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao Pacote Anticrime. 1ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020.

38 MACIEL FILHO, Euro Bento. Pacote anticrime e a nova causa de impedimento imposta ao magistrado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318720/pacote-anticrime-e-a-nova-causa-de-impedimento-imposta-ao-magistrado>>. Acesso em: 28/02/2021.

39 MADEIRA; SOUZA, op. cit.

Com o advento do novo parágrafo, portanto, teria sido criada mais uma hipótese de impedimento ao magistrado para que ele julgue a causa, apesar de não haver previsão expressa nesse sentido.

2.2. Da inconstitucionalidade do §5º do art. 157 do CPP

Em que pesem os fortes argumentos em prol da declaração da constitucionalidade do art. 157, §5º, do CPP, muitos doutrinadores sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo por diversas razões.

Nucci⁴⁰ afirma que o comando legal cria uma hipótese de presunção de parcialidade do julgador que terá contato com a prova ilícita, destoando de todo o sistema processual penal. Com efeito, a regra é a presunção de imparcialidade do órgão julgador, e não o contrário.

Outrossim, para o autor, pode acontecer de os juízes que tiveram contato com a prova ilícita formarem seu convencimento em um determinado sentido – primeira impressão – e buscarem corroborar tal entendimento com outras provas que poderiam fundamentar validamente sua decisão. No entanto, não se pode tomar uma exceção como regra e, ademais, mesmo que a referida decisão não subsista pelos seus fundamentos, poderá ser reformada pelos tribunais.

Não se pode olvidar ainda os casos em que o magistrado tem contato com a prova ilícita, mas absolve o réu: quando, por exemplo, a prova obtida por uma interceptação telefônica ilegal é a única capaz de sustentar um decreto condenatório, não resta opção para o julgador senão absolver o acusado. Mesmo que, com a prova ilícita, tenha se descoberto tráfico de grande quantidade de drogas, não se poderia condenar o réu nesse caso.

Ao deferir a liminar no âmbito da ADI nº 6305, o ministro Luiz Fux se utilizou dos fundamentos proferidos pelo ministro Dias Toffoli (motivação *per relationem*) no que tange à aplicação do art. 157, §5º, do CPP, que, no exercício do plantão judiciário, concedeu parcialmente a cautelar pleiteada da demanda. O então presidente do STF entendeu que era imperiosa a suspensão da eficácia do referido artigo, tendo em vista a abrangência dele. Apenas se vedou que o magistrado que conhecesse do

40 NUCCI, Guilherme de Souza. Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/11/06/juiz-contaminado-por-prova-ilicita/>>. Acesso em: 28/02/2021

conteúdo da prova declarada inadmissível pudesse proferir a sentença ou acórdão, mas não se explicitou em quais termos se daria esse conhecimento, se seria o mero contato ou se seria preciso que o juiz proferisse algum juízo de valor sobre a prova para que estivesse impedido de proferir a sentença ou o acórdão, *in verbis*:

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? ⁴¹

Brasileiro⁴² segue questionando o que se deve entender por prova declarada inadmissível: se apenas as provas ilícitas ou se isso inclui a prova ilegítima. A abrangência do dispositivo, portanto, iria de encontro ao princípio da legalidade, que pressupõe suficiente determinação do que seja proibido, para dar o mínimo de segurança jurídica aos cidadãos.

Com efeito, o princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II, da CF/88 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), e é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, sendo considerado uma cláusula pétrea. Pelo referido princípio, deve-se estabelecer de forma clara e objetiva as proibições existentes no ordenamento jurídico, para que, a partir delas, os indivíduos possam saber, com segurança, quais as consequências dos atos que poderão adotar.

A legalidade, pois, relaciona-se intimamente com o princípio da segurança jurídica, a exigir o mínimo de estabilidade da ordem jurídica, evitando-se imprevisibilidade e casuísmo na atuação dos operadores do direito. Nesse sentido,

41 STF. Decisão Monocrática. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5844852>>. Acesso em: 28/02/2021

42 BRASILEIRO, op. cit., p. 706.

afirma André Ramos Tavares que o princípio da segurança jurídica pressupõe “a) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente e de acesso ao conteúdo desse Direito; b) a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; e c) a estabilidade da ordem jurídica”⁴³.

Dessa forma, percebe-se que o modo como foi redigida a possibilidade de descontaminação do julgado, gerando inúmeros questionamentos sobre a aplicação do instituto, não atende às determinações exigidas pelo princípio da legalidade, servindo, ao contrário, para aumentar a insegurança jurídica porventura existente.

Relembre-se que há a adoção, no processo penal, do princípio da identidade física do juiz, em que o juiz que presidiu a instrução deve ser o mesmo que proferirá a sentença (art. 399, §2º, do CPP). Nesse caso, se declarado constitucional o art. 157, §5º, a remessa dos autos para outro magistrado, que não conheceu as provas ilícitas, demandaria outra instrução probatória, para fazer jus ao já citado princípio da identidade física do juiz. Com razão, portanto, o veto ao §4º do art. 157, que tinha a mesma redação do citado §5º: a descontaminação do julgado geraria uma ofensa à celeridade processual, direito igualmente assegurado constitucionalmente e já bem ferido pela realidade fática do Judiciário brasileiro, que tenta conciliar um grande número de processos com a escassez de pessoal.

Vale rememorar que, muitas vezes, a ilicitude da prova não é relevante ao ponto de formar o convencimento do juiz ou de alterá-lo. Pode acontecer, pois, de o magistrado já haver formado seu convencimento por meio das provas lícitas que foram trazidas para o processo, sem a ilicitude de uma prova alterar a posição seguida pelo juiz. Nesse caso, remeter o processo para o seu substituto processual apenas iria retardar à prestação jurisdicional, com possibilidade, inclusive, da prescrição da punição punitiva.

Ademais, a previsão contida no §5º do art. 157 poderia possibilitar uma burla ao princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), já que uma das partes poderia ardilosamente produzir uma prova ilícita para que o processo fosse remetido para outro magistrado. De outro modo: o princípio do juiz natural ficaria a critério das partes, como se fosse um direito disponível.

Por fim, não se pode olvidar também que se vive, hoje, na era da informação e das comunicações e, por conseguinte, é possível que uma prova ilícita seja

43 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 802.

amplamente divulgada nos meios de comunicação, impossibilitando a aplicação da norma. Igualmente, o que fazer caso todos os membros de um tribunal tivessem contato com a prova ilícita? Remeter-se-ia o processo para um outro tribunal? Nesse caso, haveria supressão de instância, tão combatida pelos tribunais pátrios, além de flagrante violação a toda a estrutura do Judiciário prevista na Constituição.

Essa segunda corrente, portanto, pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 157, §5º, do CPP, com base em diversos aspectos práticos, mas também em princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a legalidade, a segurança jurídica e o juiz natural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi observado, o processo penal passou por muitas mudanças durante os anos, com o objetivo de garantir às partes os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, passando-se, inclusive, de um sistema inquisitorial para um sistema acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas diferentes. A referida mudança de paradigma ocorreu em decorrência da valorização da dignidade da pessoa humana, quando se passou a observar o acusado como um sujeito de direitos, e não mais com um objeto processual.

Em termos processuais, o sistema acusatório assegurou às partes as garantias da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, do direito de não produzir provas contra si mesmo, entre outras. A garantia mais facilmente verificada, entretanto, é a preservação da imparcialidade do julgador, já que, ao determinar que um órgão específico (Ministério Público – art. 129, I, da CF/88), em regra, fosse o titular da ação penal, retirou-se do juiz a possibilidade de dar início ao processo. Agindo dessa forma, garantiu-se a equidistância do magistrado em relação às partes, uma vez que ele não tenderia a julgar em determinado sentido.

O sistema acusatório ainda afastou a ideia da busca pela verdade real, em que todos os meios de prova eram admitidos para demonstrar os fatos como eles verdadeiramente ocorreram no mundo fenomênico. Partiu-se, por conseguinte, em busca da verdade formal e da proibição de provas ilícitas.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sem fazer qualquer distinção. A doutrina, interpretando referido comando, diferenciou as provas ilícitas das provas

ilegítimas, sendo as primeiras aquelas que violam preceitos de ordem material, enquanto as segundas são as provas que ferem dispositivos processuais. Apesar da distinção, todavia, ambas são consideradas defesas e devem ser desentranhadas do processo, caso sejam produzidas.

Com o advento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.694/19), reafirmou-se a escolha pelo sistema acusatório (art. 3º-A) e inseriu-se mais outro dispositivo concernente às provas ilícitas. A inclusão do §5º ao art. 157 do Código de Processo Penal, reproduzindo a redação do vetado §4º, cuja incorporação ao sistema havia sido tentada por ocasião da reforma processual, em 2008, portanto, teve por objetivo assegurar a imparcialidade do órgão julgador, já que o parágrafo consagra a descontaminação do julgado (retirada do magistrado que teve contato com a prova declarada ilícita).

Por ora, o dispositivo está suspenso por ordem do ministro Luiz Fux, relator da ADI 6.305/DF, proferida em 22 de janeiro de 2020, indo ao encontro do que já havia sido decidido pelo ministro Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial.

Parte da doutrina recebeu negativamente a decisão do STF, por entender pela constitucionalidade do dispositivo. Entre os defensores dessa corrente, está Aury Lopes Jr., para quem o comando resguarda com mais efetividade a imparcialidade do julgador. Tomando como fundamento a teoria da dissonância cognitiva, o autor aduz que, ao ter contato com a prova ilícita, o órgão julgador forma uma primeira impressão de como os fatos ocorreram e orientará seu comportamento para corroborar a linha de raciocínio perseguida por ele.

De outro lado, a decisão do STF foi elogiada, sob o argumento de que o dispositivo seria inconstitucional, por ser demasiado amplo, ferindo o princípio da legalidade, e por ensejar uma prolongação irrazoável da causa. Ademais, não se pode considerar certamente que todo o magistrado que tiver contato com a prova ilícita julgará em desfavor do acusado, sem a observância dos direitos e garantias fundamentais a ele assegurados.

Diante do exposto, percebe-se que a intenção do legislador, ao acrescentar o §5º ao art. 157 do Código de Processo Penal, foi positiva, com vistas a assegurar a imparcialidade do órgão julgador. No entanto, o singelo modo pelo qual foi redigido o comando normativo dá ensejo a inúmeras questões práticas, que podem alterar toda a estrutura do Judiciário.

A descontaminação do julgado visa incrementar as garantias conferidas à sociedade pela Constituição, mas não se concebe como a inclusão de uma única frase no ordenamento jurídico (§5º) irá, de fato, assegurar a imparcialidade do julgador em termos práticos, já que dela decorrem inúmeros questionamentos. Com efeito, não se determinou qual o alcance do verbo “conhecer” o conteúdo da prova declarada inadmissível: o mero contato com a prova contaminaria o julgador ou ele teria que proferir alguma decisão baseada nela para precisar ser afastar do processo? E o que aconteceria caso todos os membros de um tribunal tivessem contato com a prova? Há ainda um critério de ordem estrutural: como ficaria a aplicação do dispositivo nas comarcas de Vara Única, com apenas um magistrado? O comando normativo não conseguiu dar resposta a essas e outras perguntas.

Dessa forma, entende-se que o comando normativo, pelo modo como foi redigido, deve ser considerado inconstitucional. Por ser bastante amplo, ele dá brechas a várias interpretações que, em último caso, violariam o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, garantias também consagradas constitucionalmente, e teria sérias dificuldades para ser implementado na prática. Outrossim, em razão do princípio da identidade física do juiz, em todos os processos em que se acostasse alguma prova ilícita dever-se-ia proceder a uma nova instrução probatória perante o magistrado descontaminado, prologando-se ainda mais o processo.

Percebe-se, pois, que, para a instituição da descontaminação do julgado no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que haja maiores debates e reflexões, para que o dispositivo seja construído de forma a dar segurança aos cidadãos de como podem comportar-se, por já saberem de antemão quais serão as consequências dos seus atos, resguardando, assim, a legalidade (art. 5º, II, da CF/88).

Indica-se, assim, confiar no prudente juízo do magistrado e, caso este, em decorrência do contato com alguma prova ilícita, não se considere apto a julgar o processo, deve-se declarar suspeito, remetendo o processo ao seu substituto legal, com base na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 145, §1º). Por fim, não há que considerar que todo magistrado (de modo absoluto) que tiver contato com a prova ilícita julgará de modo prejudicial ao réu. Assim, deve-se invocar o princípio do *pas de nullité sans grief*, sendo necessário que se demonstre o prejuízo para que a decisão proferida pelo referido magistrado seja considerada nula.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal**. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/227/197>>. Acesso em: 28/02/2021

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. **Da ilicitude da prova em razão da quebra da cadeia de custódia**. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/179>>. Acesso em: 20/02/2021

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Mensagem nº 350**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ define aplicação concreta da garantia contra autoincriminação**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-out-12/stj-define-aplicacao-concreta-garantia-autoincriminacao>>. Acesso em: 28/02/2021

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. 1ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020.

LEÃO, André Felipe Torquato. **A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29976/a-vedacao-das-provas-ilicitas-e-a-busca-da-verdade-no-processo-penal>>. Acesso em: 20/02/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 9ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 28/02/2021

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **Não basta desentranhar a prova, deve-se desentranhar o juiz**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020->

nov-06/limite-penal-nao-basta-desentranhar-prova-desentranhar-juiz>. Acesso em: 27/02/2021.

MACIEL FILHO, Euro Bento. **Pacote anticrime e a nova causa de impedimento imposta ao magistrado**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318720/pacote-anticrime-e-a-nova-causa-de-impedimento-imposta-ao-magistrado>>. Acesso em: 28/02/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012

MILANEZ, Bruno. **Pacote Anticrime: agora o sistema é acusatório?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/795451301/pacote-anticrime-agora-o-sistema-e-acusatorio>>. Acesso em: 20/02/2021.

MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. **Provas Ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Árvore envenenada**. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/11910/pdf>>. Acesso em: 20/02/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020.

_____. **Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/11/06/juiz-contaminado-por-prova-ilicita/>>. Acesso em: 28/02/2021

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos. **O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão da prova pelo juiz**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-sistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz/>>. Acesso em: 06/03/2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 439.

REIS, Jordan Vilas Boas. **Teoria da Dissonância Cognitiva: a primeira impressão é a que fica?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/646722118/teoria-da-dissonancia-cognitiva-a-primeira-impressao-e-a-que-fica>>. Acesso em: 28/02/2021.

RITTER, RUIZ. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 28/02/2021.

SANTOS, Juliana Ferreira. **As intervenções corporais no processo penal e o direito a não autoincriminação**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas///trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/JulianaFerreiraSantos.pdf>. Acesso em: 28/02/2021.

SILVA, Cristian Kiefer da; MAGALHÃES, Priscilla Cândida; SANTOS, Mayza Kethone. **O juiz das garantias e a teoria da dissonância cognitiva**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86674/o-juiz-das-garantias-e-a-teoria-da-dissonancia-cognitiva>>. Acesso em: 28/02/2021.

SOARES, Kellen Passos. **Inadmissibilidade de provas ilícitas em decorrência da quebra da cadeia de custódia**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/inadmissibilidade-de-provas-ilicitas-em-decorrencia-da-quebra-da-cadeia/>>. Acesso em: 24/02/2021.

STF. Decisão Monocrática. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5844852>>. Acesso em: 28/02/2021.

STF. Segunda Turma. AI 626214 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/09/2010, DJe: 07-10-2010

STF. Segunda Turma. RHC 137368/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 29/11/2016, DJe: 02/08/2017.

STF. HC 74.678/SP, Relator Ministro Moreira Alves, Julgado em: 10/06/1997, DJ: 15/08/1997.

STJ. Quinta Turma. AgRg no REsp 1717551/PA. Rel. Ministro Felix Fischer. Julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018.

STJ. **Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/coletanea/article/view/1625>>. Acesso em: 06/03/2021.

STJ. **Princípio do juiz natural, uma garantia de imparcialidade**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Principio-do-juiz-natural--uma-garantia-de-imparcialidade.aspx>>.

STJ. Sexta Turma. REsp 1795341/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DO DIREITO À PRIVACIDADE NA DIALÉTICA HISTÓRICA

THE EFFECTIVENESS ERGA OMNES FROM THE RIGHT TO PRIVACY IN HISTORICAL DIALECTICS

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos
Mestrando em Ciências da Comunicação (USP). Bacharel
em Direito (UFPE) Advogado e membro efetivo das
Comissões Especiais de Direito Digital e de Privacidade e
Proteção de Dados da OAB/SP

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de, a partir de revisão bibliográfica e sob a luz da dialética histórica, pôr em perspectiva um breve resumo da história ocidental do direito à privacidade sob a perspectiva de seu reclamo como um bem *erga omnes*. Visa, igualmente, lançar bases para um entendimento coerente do que é a privacidade hoje, bem como responder ao seguinte questionamento: por que é relevante garantir a proteção à privacidade num século que clama por dados pessoais?

Palavras-chave: Privacidade. Dialética histórica. Eficácia *erga omnes*. Proteção de dados.

ABSTRACT: *This article aims to, from a bibliographical review and under the light of historical dialectics, put into perspective a brief summary of the western history of the right to privacy from the perspective of its claim as an erga omnes good. It also aims to lay the foundations for a coherent understanding of what privacy is today, as well as answering the following question: why is it relevant to guarantee the protection of privacy in a century that calls for personal data?*

Keywords: *privacy, historical dialectic, effectiveness for all, data protection.*

INTRODUÇÃO: RESGATANDO O TEMA NA LÓGICA DO BIG DATA

A privacidade está em foco em nosso século, mas não de maneira altruísta. É que esse tema tem sido enfatizado perante os práticos do direito e, mesmo, diante da ciência jurídica, em razão de sua constante violação e ameaça de violação, a partir da ascensão do *big data* e do que se tem convencionado chamar “modelo de capitalismo dadocêntrico”¹.

Vivemos a era do digital, o momento histórico em que as plataformas baseadas na *internet* deixaram de ser um meio alternativo à comunicação e à vivência, para se tornarem a *conditio sine qua non* da própria comunicabilidade. E, como hoje sabemos, as interações em rede têm o seu preço: os nossos dados.

O que muitos parecem desconhecer é que, por “dados”, devemos entender toda e qualquer informação atrelada às ontologias e às práticas sociais dos indivíduos², portanto, os dados configuram informações sobre como somos e sobre como pensamos que somos, e seu tratamento permite ao mercado moldar como desejamos ser. Trata-se, em última análise, de informações que podem remeter à nossa privacidade. Como lecionou Han³:

A comunicação digital fornece essa exposição pornográfica da intimidade e da esfera privada. Também as redes sociais se mostram como espaços de exposição do privado.

Essa exposição contínua e esse apetite pela ininterrupção da coleta de dados por meio de “processos automatizados”, já compreendidos por muitos como o pano de fundo geral da vida cotidiana⁴, se dá tendo em vista o elevadíssimo poder de monetização que têm essas informações pessoais dos usuários das redes, como alertou Han⁵:

1 MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**. A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018, 33.

2 CAVALCANTI, Mario Filipe. Porque não há mais escapatória: a vigência dos princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua aplicação nas relações de consumo, bem como no tratamento desses dados. **Revista da Seção Judiciária de Pernambuco**. Recife, N. 13, v. 1, 2021, 226.

3 HAN, Byung-Chul. **No enxame**. Perspectivas do digital. Patrópolis: Editora Vozes, 2018, 13.

4 COULDRY, Nick; HEPP, Andreas. **A construção mediada da realidade**. São Leopoldo: Unisinos, 2020, 163.

5 Idem, 124.

Empresas como o Facebook ou o Google trabalham elas mesmas como serviços secretos. Elas expõem a nossa vida para conseguir capital em troca das informações espionadas.

E isso se dá porque as chamadas *big techs* garantem às marcas (seus anunciantes) acesso irrestrito a quem somos, expondo nossas tendências pessoais por intermédio de cada *link* em que clicamos, de cada *like* que damos, dos compartilhamentos que fazemos, de cada foto que passamos com os dedos, de cada mínima informação coletada de nossa navegabilidade nas redes, e, nessa operação, nós, os usuários transmutados em consumidores dessas redes, nos tornamos os produtos vendidos, portanto, bens de consumo. Nesse sentido, eis o que afirma Roger McNamee⁶, um dos primeiros investidores do Facebook Inc.:

Nos primeiros cinquenta anos do Vale do Silício a indústria criava produtos, hardwares, softwares eram vendidos aos clientes. Simples. Nos últimos dez anos, as maiores empresas do Vale do Silício operam vendendo seus usuários.

Vigilância e controle passaram a ser as diretivas de uma nova forma de poder econômico que tem se espalhado no planeta, no entanto, não uma vigilância e um controle panópticos, como sonhado por Bentham, mas uma outra vigilância e um outro controle que emergem de nossos bolsos, de nossas casas, de nossa vida privada.

Essas são as bases do mesmo capitalismo de sempre, ora travestidas em uma espécie de “capitalismo de vigilância”, como leciona a professora da Harvard University Shoshana Zuboff⁷, para a qual “essa nova forma de capitalismo de informações procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado”.

E é diante de todo esse cenário, onde a mineração e a captação de dados pessoais têm gestado um consumo cuja precondição é a destruição da privacidade, que o tema tem tornado à baila.

6 MCNAMEE, Roger. Apud: OSLOWISKI, Jeff. **O dilema das redes**. Documentário na plataforma de streaming Netflix, 2020.

7 ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, 75.

O presente artigo tem o objetivo de, a partir de revisão bibliográfica e sob a luz da dialética histórica, pôr em perspectiva um breve resumo da história ocidental do direito à privacidade sob a perspectiva de seu reclamo como um bem *erga omnes*. Visa, igualmente, lançar bases para um entendimento coerente do que é a privacidade hoje, bem como responder ao seguinte questionamento: por que é relevante garantir a proteção à privacidade num século que clama por dados pessoais?

1. O IMPÉRIO DO PRIVADO: A PRIVACIDADE NO DOMÍNIO DO *PATER FAMILIAS*

Primeiramente, precisamos estabelecer que o tema da privacidade não é novidade no mundo.

Pode-se dizer que, de um ponto de vista ocidental, a sua projeção notou-se já na outra face da afirmação aristotélica do homem como o *zoon politikon*. Isso porque, se o filósofo grego entendia que “o homem é um animal político, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos”⁸, portanto, erigindo como natural e até mesmo biológica (*bios politikos*) a necessidade da vida gregária, de outro lado, a vida privada existiria necessariamente como uma espécie de *upside down* da vida na *polis*.

Em outras palavras, para erigir a vida pública ao novo patamar de importância relacional e política na constituição da *polis*, antagonizando o anterior sistema patriarcal, onde o público e o privado se imiscuíam, o filósofo demite a vida privada da ágora, reconhecendo ambas como tendência natural do animal humano, mas colocando-as em patamares totalmente diversos em todos os seus aspectos fundantes, sendo a vida pública aquela que permitiria ao humano a sua ampla realização, tornando-o animal político, e a vida privada aquela atrelada às nuances de sua condição animal e de suas necessidades.

Sobre o tema, lecionou com maestria a filósofa alemã Hannah Arendt⁹. Vejamos:

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere, mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela

8 ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2007, 11.

9 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 33.

casa (*oikia*) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora, cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida, entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*).

Essa distinção do *koinon* (*κοινόν*), portanto, daquilo que é comum, e do *idion* (*ίδιον*), ou aquilo que é particular, mostrou-se a pedra fundamental, o alicerce da vida social humana, tendo sido uma das maiores contribuições do pensamento grego ao pensamento ocidental.

É justamente essa distinção que segregou a vida privada do debate público, portanto, constituindo o axioma de que o que é particular, somente ao particular diz respeito, e, assim, uma noção primitiva de privacidade.

Note-se, todavia, que, para os gregos, o domínio da vida privada não significava necessariamente “liberdade” e, assim, autodeterminação *erga omnes*, tendo em vista que sob a ótica da vida privada, mandava o *pater familias* como verdadeiro déspota. Observemos as palavras de Aristóteles¹⁰:

O governo doméstico divide-se em três partes ou poderes: o do senhor, o do pai e o do marido. O chefe da casa governa sua mulher e seus filhos como a seres livres, mas não da mesma maneira: relativamente à sua mulher, o poder é político, e relativamente a seus filhos, o poder é o de um rei.

Em outras palavras, o patriarca havia sido destituído dos antigos poderes na praça pública típicos da era dos clãs, mas seguia todo-poderoso no mundo privado. A ele cabiam a autodeterminação e a liberdade no âmbito da casa (*oikia*), sendo dele, portanto, toda e qualquer deliberação acerca da economia familiar e dos costumes

10 Idem, ib idem, 74.

domésticos, impondo sobre os seus habitantes um poder, muitas vezes, *nu11* e moralístico¹².

2. O IMPÉRIO DO PÚBLICO: A PRIVACIDADE NO DOMÍNIO DO LEVIATÃ

Com o tempo, e o desenvolvimento da complexidade das teias políticas, a vida pública foi-se confundindo com a vida privada de um modo inverso; agora, o império passou a ser do público, e essa alternância abrupta de polo de poder começou a causar um verdadeiro estrangulamento das instâncias da vida privada.

Tal se pôde ver, sobretudo, quando da ascensão dos regimes absolutistas, para os quais a privacidade não mais seria um bem da vida humana relegado ao controle moralístico do patriarca, mas um direito relativizado pelo cetro do monarca, dependendo sempre de seu juízo de conveniência e oportunidade. A legitimidade desse direito não mais adviria do costume de séculos a fio – como no caso do poder do patriarca –, mas diretamente do poder divino, tal a base escolástica desse direito.

Isso ocorreu por séculos, ganhando ainda mais fôlego sob os alicerces da doutrina hobbesiana, que anulou a autonomia e a autodeterminação do homem privado (aquela que residia nas mãos do patriarcado) no afã de transformar-lhe em peças e engrenagens encaixadas numa justaposição infinita, que seria a composição do homem artificial, ou seja, do Estado-Rei, ou do Leviatã.

Autônomo, livre e autodeterminado era, agora, o Estado-Rei e apenas ele, e isso se dava porque, segundo Hobbes¹³:

O soberano não pode ser privado de seu poder. (...) As ações do soberano não podem ser justamente acusadas pelo súdito. Nada

11 RUSSEL, Bertrand. Poder nu. In **Power: A new social analysis**. CultVox, 1938. Disponível em: <https://www.portalabel.org.br/images/pdfs/o-poder-nu.pdf>, 03.

12 Com essa palavra, intentamos significar um domínio de cunho moral sobre os participantes da vida privada, isto é, o estabelecimento, no mundo particular, de regras que transbordam aquelas da vida pública e, portanto, o direito, por meio do incentivo a comportamentos previamente aprovados por regras criadas e transmitidas pelo patriarca e, assim, pelo desestímulo à autonomia completa do indivíduo sobre si mesmo. Evitamos, com essa definição, a utilização do adjetivo “moralista”, em razão da carga de sentidos que esse termo já possui e que não se relaciona com o ora dito.

13 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2003, 131.

do que o soberano faz pode ser punido pelo súdito. O soberano é o juiz de tudo. (...) O poder e a honra dos súditos se desvanecem na presença do soberano poder.

Veja-se, todavia, que a doutrina hobbesiana se origina de um pensamento mais complexo. Pondo o indivíduo em foco, Hobbes vê o homem como potência (*potentia*) e essa potência entregue a si mesma instituiria um “estado de guerra”, não havendo reais meios de controles civilizatórios senão aqueles advindos da autoridade máxima. Eis o que afirma a filósofa do direito Simone Goyard-Fabre¹⁴, professora emérita da Universidade Caen-Normandie:

Hobbes atribui ao indivíduo o estatuto epistemológico do que é principal. E o indivíduo é, acima de tudo, potência, no que é declarado igual a qualquer outro em seus fins, bem como nos meios de que dispõe para atingi-los. Por conseguinte, a coexistência natural dos indivíduos é comparável à dos lobos: *homo homini lúpus* não pode ser mais do que uma relação de forças. Sua concorrência universal é a ‘guerra de todos contra todos’.

Todavia, para além de ser visto como questão meramente política ou atrelada à vontade particular do *pater familias*, a noção de privacidade e, sobretudo, o direito de exercê-la estão umbilicalmente ligados ao entendimento humano e, justamente por isso, o reclamo de sua generalização como um direito de todo e qualquer homem sempre estaria presente nas duas frentes de atuação de todo e qualquer homem, seja na arena pública ou mesmo nos meandros da vida privada. No entanto, tais reclamos encontravam forte resistência no poder absoluto dos reis ocidentais, que possuíam a pena que escrevia as leis, o martelo que as aplicava e a espada que as executava sem piedade.

14 GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 30-31.

3. LANÇANDO AS BASES DO FUTURO: A PRIVACIDADE NOS MOVIMENTOS LIBERAIS

É contra esse entendimento de extrema subjugação da vida privada à conveniência da autoridade pública e absoluta do rei que surgem as primeiras insurreições advindas da própria aristocracia, como foi o caso da *Magna Charta Libertatum*, assinada em 1215 a contragosto pelo rei John *Lackland*, após pressão de seus barões e do papado de Roma.

Pode-se dizer que tal documento, que já se espelhava em um análogo assinado cem anos antes pelo rei Henry II, constitui um dos primeiros atos em prol da clássica distinção entre o público e o privado, sobretudo do ponto de vista dos direitos atrelados à vida privada, à propriedade e à autodeterminação.

Todavia, àquele momento, não se estava a falar em garantia de privacidade como um bem de qualquer homem, mas apenas como um atributo da nobreza. Sobre isso, Andre Maurois¹⁵ foi categórico: “A Magna Carta esteve tão longe de ser um documento popular, que não foi traduzida para o inglês antes do século XVI”.

Tais direitos estampados em latim (língua cujo acesso era garantido apenas à aristocracia e ao clero esclarecidos) erigiam-se, pois, como bem de uns poucos, não de todos.

A generalização dos reclamos à privacidade, à honra e à dignidade como bens atrelados ao indivíduo humano apenas surge, na prática, séculos à frente, com as revoltas da antiga classe burguesa, portanto, dos comerciantes sem nobreza que, malgrado enriquecidos no comércio, eram desprovidos de poder e reconhecimento no sistema político então vigente por não integrarem a aristocracia e não serem proprietários de terras. Tal fato se justificava na própria lógica da narrativa criada para a legitimação do regime absolutista, uma vez que os burgueses não teriam em suas veias o sangue divino dos reis, não havendo, portanto, legitimidade para seus reclamos, segundo essa visão.

Tal fato é importante de se afirmar porque esclarece as razões pelas quais os burgueses não se imiscuíram na lógica social estratificada de então, precisando

15 MAROIS, André. História da Inglaterra. Apud: CARDOSO, A. Manoel Bandeira. A Magna Carta – conceituação e antecedentes. Brasília: **Revista Legislativa**, ano 23, número 91, jul/set, 1986, p. 139.

romper violentamente com tal lógica e erigir, eles mesmos, um novo sistema político focalizado na ordem econômica e em defesa dela.

É essa classe que, incitando o povo às armas, conseguiu destronar o absolutismo em vários países, estabelecendo, por meio de revoluções como a americana e a francesa, ideais como os de liberdade, igualdade, fraternidade e, sobretudo, uma gama de direitos ditos “políticos” como garantias fundamentais do homem, portanto, os chamados direitos de primeira geração.

Para nosso trabalho, esse aspecto é relevante, sob a perspectiva de que a generalização dos direitos políticos como direitos de todos os homens e não apenas de uns poucos se deu como necessidade para a derrubada da aristocracia reinante.

Tais ditames, que se mostravam o prenúncio do triunfo do direito à privacidade como direito humano, advinham, em teoria, das ideias lockianas segundo as quais o domínio privado impendia necessariamente em igualdade. Segundo o magistério de Kuntz¹⁶:

Locke não está apenas firmando, como Aristóteles, a distinção radical entre dois tipos de associação, a família e a polis, mas insistindo num componente essencial da modernidade: a separação entre os atributos e faculdades privados e o poder típico do estado.

Esse ideal de propriedade como aquilo que é “próprio” a cada homem, independentemente da vontade política e do poder das autoridades, está plenamente estampado nas palavras do próprio filósofo inglês¹⁷. Vejamos:

Todo homem possui uma propriedade em sua própria pessoa, de tal forma que a fadiga de seu corpo e o trabalho de suas mãos são seus. (...) desejaria que meus objetores lembrassem que os monarcas absolutos são somente homens.

Todavia, embora as revoluções burguesas tenham garantido um rompimento traumático e, portanto, abissal com os ideais tirânicos das monarquias absolutistas

16 KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Brasiliense, 1986, 03.

17 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006, 19-29.

aristocráticas, a nova classe dominante, malgrado tenha chamado o povo à luta por direitos que seriam considerados gerais e, portanto, *de todos*¹⁸, agora erigia um aparato burocrático de poder implacável, onde os ideais econômicos, primeiramente no mercantilismo, depois no capitalismo, fariam mais alto do que os direitos e garantias individuais.

Há que se dizer, portanto, que é às revoluções burguesas (ou liberais) que se deve a primeira teorização de uma generalização do direito à privacidade e, por curioso, também o seu descumprimento.

É na vigência do novo sistema político-econômico que a teorização do direito à privacidade passou a ganhar paulatina relevância, tendo em vista o seu contínuo malferimento pelas sociedades de pessoas para fins econômicos – as empresas –, o que se observa no trabalho dos advogados estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandeis, *Right to Privacy*¹⁹, e, posteriormente, com a teorização da privacidade como o *right to be let alone*, pelo magistrado estadunidense Thomas Cooley²⁰: “*The right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*”.

No entanto, a tendência humana de abusar do poder, há muito alertada pelo barão de La Brède et Montesquieu²¹, mostrava-se mais uma vez realística, tendo em vista que o novo sistema político-econômico traria novos antagonismos para a seara social, sobretudo aqueles em que as garantias fundamentais prometidas como bem de todos os homens chocar-se-iam com as práticas e tendências do mercado.

Note-se que esse ponto da dialética histórica é importante, tendo em vista que as bases dos valores como “liberdade” e “igualdade”, que seriam caras à construção da ideia de privacidade e autodeterminação do indivíduo, estariam em constante choque com os novos privilégios de classe.

O estranhamento atual da autodeterminação informativa e da inviolabilidade da intimidade dos indivíduos, assim como do controle que somente estes podem ter sobre seus dados, por exemplo, vem daí, tendo em vista que, após a sedimentação dos princípios filosóficos da nova classe dominante, imperaria uma venalidade universal

18 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001, 42.

19 GLANCY, Dorothy J. The Invention of the Right to Privacy. *Arizona Law Review*, n. 1, vol. 21, 1979. Disponível em: <http://law.scu.edu/wp-content/uploads/Privacy.pdf>

20 DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: RT, 2019, 91.

21 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006, 175.

em que tudo seria produto de comércio, inclusive os bens mais caros ao indivíduo humano, como os dados que compõem sua privacidade, justamente como predisse o filósofo e economista alemão²²:

Chegou, enfim, a época em que tudo aquilo que os homens tinham considerado como inalienável tornou-se objeto de troca, de tráfico, e podia ser alienado. É a época em que as próprias cousas que até então eram transmitidas, mas jamais trocadas; dadas, mas jamais vendidas; ganhas, mas jamais compradas — virtude, amor, opinião, ciência, consciência, etc. — tudo passou enfim para o comércio. É a época da venalidade universal ou, para falar em termos de economia política, a época em que todas as cousas, morais ou físicas, tornando-se valores venais, são levadas ao mercado para serem apreciadas pelo seu mais justo valor.

É do questionamento a essa venalidade universal e do desrespeito a esses direitos individuais prometidos como um éden a todos os homens pela classe comerciante, e, no entanto, não garantidos efetivamente, que nascem os direitos de segunda geração, portanto, dos reclamos e das lutas contra a subjugação dos mais pobres aos mais ricos (nova régua social), com o advento das revoluções industriais e a urbanização do mundo ocidental.

Bom que se repise que as revoluções burguesas tanto prometeram quanto furtaram direitos e garantias individuais, e é justamente como uma espécie de cobrança de dívida que revoluções classistas (como a russa e a chinesa) se deram, gerando a nova divisão política do mundo.

Para o escopo do breve estudo deste artigo, tais fatos são relevantes a partir do momento em que se pode entrever neles o fio de narrativa do reclamo da generalização dos direitos à privacidade.

22 MARX, Karl. *A miséria da filosofia*. São Paulo: Global Editora, 1985.

4. NOVA BANCARROTA: A PRIVACIDADE SOB A ÉGIDE DOS REGIMES TOTALITÁRIOS

Malgrado o ganho até então verificado com a formalização do respeito às garantias individuais oportunizada pelas revoluções burguesas e com o reclamo da aplicação prática desses direitos para qualquer um do povo, portanto, com a sua categorização como bem do homem, gerada pelos protestos sociais e pelas revoluções sociais, a roda da dialética mais uma vez guinou para o retrocesso de todos esses postulados, o que se deu a partir da crise do sistema capitalista em 1929 e da ascensão dos regimes totalitários ultradireitistas.

O século XX foi repleto de ditaduras e regimes totalitários em todo o mundo, em todos os lados do espectro político, e esses regimes propugnavam, assim como o absolutismo monárquico antes deles, a destruição do direito à privacidade, das garantias individuais, do respeito ao livre agir e da autodeterminação do homem e a reposição dessas gamas de direitos nas mãos dos líderes autocráticos. Há, no século XX, portanto, uma guinada para trás.

A partir de então, mormente naqueles regimes ditos fascistas e, com maior pujança, no nazista, não existiria mais o homem enquanto indivíduo, muito menos o direito ao livre exercício da vida privada, mas apenas uma constante e perturbadora coletivização de tudo vigiada pelos olhos do Estado autoritário, muitas vezes consubstanciado na pessoa única do seu líder. Sobre isso lecionou Hannah Arendt²³:

O domínio totalitário torna-se verdadeiramente total – e trata devidamente de sempre se vangloriar disso – quando encerra a vida privada dos que estão a ele sujeitos no cinturão de ferro do terror.

De fato, tão exitoso foi o nazismo na destruição das garantias e liberdades individuais, do respeito à vida privada e na gestão violenta do império do público sobre o privado, que a experiência levada a cabo corajosamente pela jornalista alemã Charlotte Beradt, ao registrar sonhos de vários alemães sob Adolf Hitler, chanceler do império (*Reichskanzler*) e ditador (*Führer*) do Terceiro Império Alemão, demonstra o quanto os atos políticos do nazismo tinham um efeito psicológico

23 ARENDT, Hannah. In BERADT, Charlotte. **Sonhos no Terceiro Reich**. São Paulo: Três Estrelas, 2017, 43.

devastador na vida privada das pessoas, como se pode observar no sonho abaixo, relatado à jornalista em 1934 por um médico alemão de 45 anos²⁴:

Perto das nove da noite, depois de minhas consultas, quando quero me esticar calmamente no sofá com um livro sobre Mathias Grünewald [A], minha sala e meu apartamento ficam de repente sem paredes [B]. Olho apavorado ao meu redor e, até onde meus olhos conseguem alcançar, os apartamentos estão todos sem paredes [C]. Ouço gritarem em um megafone: ‘De acordo com o edital sobre a eliminação de paredes. Datado do dia 17 deste mês...’ [D].

Vê-se, no sonho acima transcrito, quatro fatores de máxima importância simbólica: no ponto [A] vemos uma típica narrativa da vida privada, elementos cuja informação dizem respeito somente à pessoa, como, por exemplo, o que faz ao retornar do trabalho, se gosta ou não de ler, se usa para isso cadeiras ou poltronas, o chão ou a cama, que tipo de livro lê, etc.; nos pontos [B] e [C], o que verificamos é uma completa destruição da privacidade, representada pelo desaparecimento das paredes, momento no qual a vida privada fica desnuda e sob o escrutínio público. Por fim, no ponto [D], constata-se a “destruição da vida privada” como uma política pública, portanto, de Estado.

O “decreto do fim das paredes” é a perfeita metáfora de mais um ataque do público ao privado e, portanto, de mais uma guinada para trás do tema da privacidade na dialética da história, e, mais do que um sonho, mostrou-se o prenúncio da realidade vergonhosa de muitas das políticas públicas alemãs de 1933 a 1945, como o exemplo da “*Aktion T4*”²⁵, em que o Estado alemão determinava a eutanásia de pacientes com doenças físicas ou mentais, retirando deles mesmos e de seus eventuais curadores o direito de decidir sobre a continuidade de suas vidas, por conseguinte, retirando deles a autodeterminação da vida privada.

24 Idem, *ib idem*, 44.

25 BERENBAUM, Michael. **T4 Program. Nazi Policy**. Enciclopédia Britânica, 2001. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/T4-Program>.

5. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DOS TEMPOS ATUAIS: A PRIVACIDADE COMO DIREITO HUMANO

É contra o horror da destruição implacável e violenta das liberdades individuais e das garantias da vida privada que, somente após a Segunda Guerra Mundial e a derrocada dos regimes ultradireitistas totalitários europeus e do projeto de poder nazifascista, se compreendeu a necessidade do firmamento de direitos supranacionais e, portanto, atrelados à humanidade *em si*, para garantir o livre desenvolvimento dos povos – os chamados direitos humanos (direitos de terceira geração).

Estabeleceu-se então a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual, rompendo pela primeira vez com os limites de classe, gênero e raça, estabeleceu direitos *erga omnes*, portanto, a todos os seres humanos, e fez constar²⁶:

Art. III Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. VII Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei. Todos têm direito à igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento à tal discriminação.

Art. XII Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio e na sua correspondência, nem ataques à sua honra e à sua reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Art. XVII 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Art. XVIII Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular (DUDH, 1968).

26 DUDH, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf.

A DUDH estabeleceu, portanto, o direito à inviolabilidade da vida privada **a todo ser humano**, tirando do *pater familias*, do rei, das classes empresariais ou do chefe de Estado a antiga ingerência desenfreada sobre essa esfera, concedendo **a todos** o direito à propriedade, à liberdade e à expressão da vida privada de forma consciente e autodeterminada.

É, portanto, nessa Declaração de 1948 que a humanidade estaria dando os primeiros passos para a concretização daqueles direitos universais idealizados por Kant²⁷, por mais difíceis que pudessem ser de serem alcançados e, nesse sentido, como lecionado por Bittar e Almeida²⁸, foi o construto jurídico que garantiu como direito essencial a dignidade do ser humano:

A Declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Trata-se de um libelo contra o totalitarismo. Seus 30 artigos têm como objetivo principal evitar que o homem e a mulher sejam tratados como objetos descartáveis.

Na mesma esteira da DUDH, os países do continente americano estabeleceram, em 1969, a aplaudida Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica, na qual se fez constar sobre as garantias à vida privada de todo indivíduo o seguinte:

Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

27 KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

28 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Portanto, é a partir da derrocada dos regimes totalitários e do fim da Segunda Guerra Mundial que o direito à privacidade é estampado como direito humano e, por isso mesmo, independente de qualquer vicissitude, seja do tempo, do lugar ou dos construtos políticos, tendo sido entendido, portanto, de forma generalizada, como pertencente a todo ser humano. Todas as legislações de proteção de dados e à privacidade que vieram depois beberam das fontes da DUDH e da CADH.

6. NOVOS ENTRAVES À PRIVACIDADE: A ERA DIGITAL

Óbvio que o momento histórico atual trouxe inúmeros outros percalços ao assentamento do direito à privacidade, percalços esses advindos das revoluções tecnológicas dos dez primeiros anos do século XXI, originados da rapidez e, mesmo, da automatização na transmissão de informações por meio de robôs e da utilização dos dados pessoais dos indivíduos humanos como insumos de produção do mundo capitalista globalizado.

Segundo a lição de Evgeny Morozov²⁹ (2018, 36):

A privacidade está se tornando uma mercadoria. (...) deixou de ser uma garantia ou uma coisa de que desfrutamos gratuitamente: agora temos de gastar recursos para dominar as ferramentas. Esses recursos podem ser dinheiro, paciência, atenção – dá até para contratar um consultor que se encarregue de fazer tudo isso –, mas a questão é que a privacidade hoje é algo caro.

Mais uma vez estamos diante da venalidade universal predita por Marx, e, com isso, da necessidade de regulamentação estatal das práticas de mercado, mas também da necessidade de ampla compreensão dos cidadãos/consumidores sobre seus direitos, assim como sobre os reais custos da navegabilidade nas redes digitais.

Agora, mais do que nunca, o direito à privacidade não é mais e tão somente o direito de ser deixado só, mas o direito à garantia de sigilo dos informes pessoais, o direito à autodeterminação informativa do indivíduo, o direito à utilização delimitada

29 MOROZOV, Evgeny. Idem, 36.

dos dados pessoais dentro dos escopos das contratualizações levadas a cabo pelos indivíduos etc.

Sendo assim, com a complexidade do mundo atual e, sobretudo, com a elasticidade das teias das relações humanas globalizadas, o direito à privacidade prossegue como atributo generalizado, mas, sobretudo, como construto em contínua evolução e forte ameaça. As ameaças atuais advêm de todos os lados: tanto dos Estados que espionam³⁰ quanto das empresas que não só espionam, mas modelam comportamentos³¹.

CONCLUSÃO

A dialética histórica, tal como pensada desde Hegel³², tem demonstrado que os retrocessos havidos na história da humanidade têm tido papel relevante na construção de um progresso posterior, mas a conta gotas. Essas contradições permitem a definição de uma maior compreensão da relevância da privacidade? Eis algo que precisa ser estudado, no entanto, a forma como a era digital tem minerado e erodido a privacidade por intermédio de nossas informações pessoais, conseguidas ao arrepio de nossa vontade conscientemente informada, demonstra como o direito à privacidade prossegue sendo objeto de constante luta, e é nesse cenário que se inserem as questões atinentes à proteção dos dados pessoais.

A aplicação do direito à privacidade pelos órgãos judicantes, da mesma forma que a aplicação do direito à proteção de dados, precisa ser feita de forma reflexiva, considerando todo o cenário em que estamos inseridos, mas também os contextos dialéticos de lutas históricas por garantias que agora restam ameaçadas de todos os lados e por todo e qualquer subterfúgio tecnológico.

É, portanto, preciso que os sistemas jurídicos estabeleçam freios rígidos que permitam que o desenvolvimento tecnológico da nova era digital não se erija sobre

30 SENADO FEDERAL, **Denúncias de Snowden revelam amplo monitoramento**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/espionagem-cibernetica/contexto-a-guerra-nao-declarada/denuncias-de-snowden-revelam-amplio-monitoramento>.

31 CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. **Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach**. The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

32 HEGEL, Georg Wilhelm Friedwrich. **Curso de estética**. Vol. 3. São Paulo: Edusp, 2002.

os restos mortais dos direitos à privacidade que, em última escala, nada mais são do que o direito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. A condição humana. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

BERADT, Charlotte. Sonhos no Terceiro Reich. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

BERENBAUM, Michael. T4 Program. Nazi Policy. Enciclopédia Britânica, 2001. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/T4-Program>.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2001.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. ***Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach.*** The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

CAVALCANTI, Mario Filipe. Porque não há mais escapatória: a vigência dos princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua aplicação nas relações de consumo, bem como no tratamento desses dados. **Revista da Seção Judiciária de Pernambuco**. Recife, N. 13, v. 1, 2021.

COULDRY, Nick; HEPP, Andreas. **A construção mediada da realidade**. São Leopoldo: Unisinos, 2020.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: RT, 2019.

DUDH, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf.

GLANCY, Dorothy J. The Invention of the Right to Privacy. Arizona Law Review, n. 1, vol. 21, 1979. Disponível em: <http://law.scu.edu/wp-content/uploads/Privacy.pdf>

GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do Direito político moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**. Perspectivas do digital. Patrópolis: Editora Vozes, 2018.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedwdrich. **Curso de estética**. Vol. 3. São Paulo: Edusp, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KUNTZ, Rolf. Locke, Liberdade, Igualdade e Propriedade. São Paulo, palestra IEA-USP, 1997, p. 03. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/kuntzlocke.pdf>.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MAROIS, André. História da Inglaterra. Apud: CARDOSO, A. Manoel Bandeira. A Magna Carta – conceituação e antecedentes. Brasília: Revista Legislativa, ano 23, número 91, jul/set, 1986.

MARX, Karl. A miséria da filosofia. São Paulo: Global Editora, 1985.

MCNAMEE, Roger. Apud: OSLOWISKI, Jeff. **O dilema das redes**. Documentário na plataforma de streaming Netflix, 2020.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**. A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

RUSSEL, Bertrand. Poder nu. In **Power: A new social analysis**. CultVox, 1938. Disponível em: <https://www.portalabel.org.br/images/pdfs/o-poder-nu.pdf>.

SENADO FEDERAL, **Denúncias de Snowden revelam amplo monitoramento**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/espionagem-cibernetica/contexto-a-guerra-nao-declarada/denuncias-de-snowden-revelam-amplo-monitoramento>.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

A LUTA PELO DIREITO: O CASO DO CASARÃO DA TAMARINEIRA

THE STRUGGLE FOR LAW: THE CASE OF THE CASARÃO DA TAMARINEIRA

Regina Edith Ferreira Lima

Graduada em Direito pela UFPE

Assessora do Ministério Público de Pernambuco

RESUMO: O presente artigo associa a luta pelo direito, contida no pensamento do jurista Rudolf von Ihering, ao caso do Casarão da Tamarineira, ocupação urbana localizada em um ponto de extrema relevância para a especulação imobiliária no Recife/PE. Aqui, argumenta-se sobre a relação entre a possibilidade de existência de um direito que é construído na prática, a partir da ação e reação dos agentes envolvidos, e a efetividade das normas por si mesmas. Para enriquecer o debate, é apresentado em detalhes o caso do Casarão da Tamarineira com o fim de concretizar a percepção defendida por Ihering quanto à existência de um processo segundo o qual o direito é construído na luta e na prática da resistência, contrário a qualquer passividade.

ABSTRACT: *This article associates the struggle for law, contained in the thought of jurist Rudolf von Ihering, to the case of Casarão da Tamarineira, an urban occupation, located in a point of extreme relevance for real estate speculation in Recife/PE. It argues the relationship between the possibility of the existence of a right that is constructed in practice, based on the action and reaction of the agents involved and the effectiveness of the norms themselves. To enrich the debate, the Casarão case is presented in detail in order to concretize the perception defended by Ihering, regarding the existence of a process by which the law is built in the struggle and in the practice of resistance , contrary to any passivity.*

INTRODUÇÃO

As exclusões sociais estão intrinsecamente relacionadas à negligência, por parte da sociedade e dos poderes públicos, aos direitos das populações vulneráveis e à opressão destas. Fazendo o recorte quanto aos grupos sociais marginalizados e privados do seu direito à moradia digna, é possível aferir que a situação de vulnerabilidade de pessoas em situação de rua enseja discussões a respeito da efetividade do direito à moradia que, apesar de elementar e revestido de garantias nacionais e internacionais, na prática, permanece insatisfatoriamente atendido.

Diante do extenso arcabouço normativo, reflete-se sobre a existência de um direito constituído a partir da pressão e da reivindicação dos interessados, posto que, de acordo com a tese desenvolvida por Rudolf von Ihering, o direito seria constructo da luta.

Nasce, assim, a questão central do presente trabalho, com a necessidade de desenvolver a teoria de Ihering de luta pelo direito com a utilização de um caso prático: a situação do Casarão da Tamarineira, ocupação localizada próxima ao Parque da Jaqueira, na rua Neto Mendonça, em Recife/PE.

A história do Casarão da Tamarineira relaciona-se com muitas outras da zona urbana de Recife. Abandonado há mais de vinte anos, abrigava cerca de 23 famílias em 2010, quando a primeira tentativa de reintegração de posse foi realizada. Em abordagem questionada por diversas irregularidades jurídicas, os moradores, que já viviam há mais de 15 anos no local, possivelmente protegidos pelo ordenamento brasileiro através do instituto da usucapião, tiveram seu direito à posse questionado e marginalizado.

Neste trabalho, adota-se, portanto, como problemática, a capacidade jurídica e social do direito diante do papel dos sujeitos em sua construção. As etapas que vão levar a essa resolução, isto é, os objetivos da pesquisa, são: identificar o meio pelo qual se constrói o direito, tendo por base a teoria jurídica formulada por Ihering; compreender a delicada relação entre os direitos envolvidos; e relacionar a teoria da luta pelo direito ao caso do Casarão da Tamarineira, analisando a questão e as figuras que intervieram no processo, assim como identificando algumas estratégias de sua materialização, como a eficácia relacionada à mobilização social, à consciência do direito e ao papel social das instituições públicas e/ou privadas nessa questão.

1. PINCELADAS: IHERING

A princípio, pretende-se identificar o mundo e o pensamento jurídico de Rudolf von Ihering, contextualizando sua obra ao momento histórico de sua produção e aos reflexos e encaixes atuais de sua teoria a esse caso concreto.

Professor de direito romano, Rudolf von Ihering nasceu em 1818, em Aurich, Alemanha. Herdeiro de uma linhagem de advogados e burocratas, o jurista alemão do século XIX marcou seus estudos passando por algumas universidades alemãs: Heidelberg, Göttingen, Munique e Berlim (LAUDA, 2009). Formado na Escola Histórica, mas da qual criticaria depois os postulados, por fim revisando a si mesmo (PÉREZ, 2000), Ihering reivindica o papel da luta pela direção do direito vigente. Nesse sentido, o direito teria um papel conformador da sociedade, sendo resultado da luta, uma função instrumental, a serviço de fins e interesses que têm a possibilidade de serem exercidos através de um poder coercitivo organizado (IHERING, 2000).

José Luiz Monereo Pérez (PÉREZ, 2000, p.7), catedrático de direito do trabalho e seguridade social da Universidade de Granada, elucida, na edição espanhola de *El Fin en el Derecho* (Granada, 2000), a constante renovação do seu pensamento. Segundo ele:

Ihering influenciou de modo decisivo a orientação científica da sua época, sendo inovador e construtivo ao sempre abrir novos caminhos à investigação e reflexão jurídica, uma personalidade animada e sugestiva. Nunca foi um espírito estático; em sua trajetória intelectual, suas concepções sobre o direito sempre estavam sujeitas à revisão e contínua mudança, derivada das exigências da vida jurídica. Por essa razão, em algumas de suas grandes obras já amadurecidas, ele revoltou-se resolutamente contra a sua própria tese, tendo sempre em conta as exigências do momento presente e as vicissitudes de seu tempo; dessa forma, o estudo do pensamento de Ihering não pode ser entendido fora do contexto histórico em que ele realizou sua tarefa.

A segunda metade do século XIX foi marcada pela mudança de paradigma do universo jurídico científico alemão, proporcionando a renovação metodológica que possibilitou a Ihering uma aproximação das noções de funcionalidade do direito.

Em meio ao positivismo filosófico, Ihering assume um novo direcionamento (TUCCI, 1992). Para ele, o formalismo excessivo, além de deturpar a ciência jurídica, não corresponde à verdadeira natureza do direito nem sequer responde aos anseios da sociedade. Dessa forma, o formalismo encerrar-se-ia em fórmulas alheias ao seu tempo, fazendo com que os conceitos jurídicos perdessem o seu sentido prático (IHERING, 1988).

Ihering conferiu constantes críticas à Savigny, jurista da geração passada, e, posteriormente, a Puchta, sob a concepção de que estes desenvolviam um direito sem necessidade de investigações, inconsciente, quando, na verdade, ele seria orgânico, assim como a linguagem. Para ele, tais acepções não deveriam prosperar por serem restritas, sendo evidente o papel dos poderes sociais (indivíduos e grupos perseguindo seus próprios fins), como também políticos (Estado) na convergência sobre a base do direito até então em vigor (IHERING, 1988).

Nesse sentido, destaca, ao longo das páginas de *Luta pelo direito*, que a teoria de Savigny, ao aconselhar que o homem espere, comete um dos erros mais fatais, incitando-o a crer que as coisas caminham por si mesmas e que o melhor a se fazer é “cruzar os braços e esperar confiadamente o que cair pouco a pouco da fonte primitiva do direito, que se chama opinião pública em matéria de legislação” (IHERING, 1988, p.19), quando deveria agir com todas as suas forças e com pleno conhecimento de causa.

Quanto a Puchta, também discute sobre seu equívoco no que se refere à realidade dos fatos, descrevendo que o jurista perceberia o costume apenas como um meio de se descobrir a persuasão legal, quando esta, em verdade, começa a se formar somente quando se age, ação que proporciona o poder e a força de dominar, acreditando, assim, que os povos não conseguem estabelecer o seu direito, senão ao preço de grandes esforços (IHERING, 1988).

Sendo assim, por ser “o nascimento do direito um parto doloroso e difícil” (IHERING, 1988, p.19), não seria apenas o costume a dar vida os laços que ligam os povos com seu direito, mas sim o sacrifício que os uniria de modo mais duradouro, em um processo pelo qual o direito é construído na luta e na prática da resistência (IHERING, 1988).

2. A LUTA PELO DIREITO

Ihering (1988, p.15) fundamenta sua teoria na tese de que “o fim a que visa o direito é a paz, e o caminho para atingi-lo é a luta”. Segundo ele, deve-se ir além da busca sobre o fim do direito, sendo necessário também identificar o meio para alcançá-lo: a luta.

Ele constrói tal entendimento no fato de que o direito, ao buscar seu fim, encontra agressões advindas da injustiça. Situação recorrente e que, portanto, não dispensa nunca a luta: “luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos” (IHERING, 1988, p.15).

Dispõe o autor que não há sequer um instituto, seja até mesmo o da propriedade ou o das obrigações, em que “a definição não seja necessariamente dupla e se expresse num fim a que se propõe e nos meios para alcançá-lo” (IHERING, 1988, p.15). Ele adverte que o meio, por mais diverso que seja, sempre se confina à luta contra a injustiça.

A concepção do direito passa então a envolver uma antítese que tem origem em si mesma e da qual jamais se pode separar: a luta e a paz. A paz é o fim do direito, a luta é o meio de alcançá-lo (IHERING, 1988). Luta essa que não seria um elemento estranho ao direito, mas uma parte integrante de sua natureza e condição de sua ideia.

Essa fina percepção diverge da ótica de que a luta e a desarmonia seriam precisamente o que o direito se propõe a evitar, uma perturbação à ordem legal, ao contrário, ocupa-se da luta do direito contra a injustiça, expressão distinta da luta da injustiça contra o direito, concluindo que, se o direito não lutasse, isto é, se não resistisse vigorosamente à injustiça, negar-se-ia a si mesmo (IHERING, 1988).

O autor também dialoga com a imagem representativa da Justiça, que sustenta em uma das mãos a balança com que pesa o direito, e empunha na outra a espada por meio da qual o defende. Analisa que o direito não é uma simples ideia, mas uma força viva. A espada sem a balança seria a força bruta, a balança sem a espada seria o direito impotente; pulsões que se completam mutuamente e pelas quais o verdadeiro estado de direito pode desenvolver-se, desde que a força despendida pela Justiça para empunhar a espada corresponda à habilidade que emprega para manejar a balança (IHERING, 1988).

A construção teórica de Ihering talha, portanto, a concepção de que o direito é um trabalho ininterrupto. Construído em meio à antítese original e inseparável de luta e paz, meio e fim. Ademais, propõe que não se trata apenas de um trabalho do poder público empreender tal constructo, mas o encarrega também à população, que historicamente trava lutas sem interrupções.

Ihering deixa nítido que esse dever não se impõe a todos com o mesmo desafio. Isso porque muitos indivíduos passam sua vida regularmente sem nenhuma luta, dentro dos limites fixados pelo direito. Assim, não seria possível compreender que o direito é luta, afinal, o direito lhes foi sempre o reino da paz e da ordem. Para tanto, o autor associa tal enquadramento ao de um herdeiro rico que, tendo conseguido sem esforço o fruto do trabalho dos outros, nega que a propriedade é fruto do trabalho (IHERING, 1988).

A premissa para tal fantasia incide na dissimulação da propriedade e do direito, que, para ele, tem duas faces, decompondo-se de forma a garantir a uns o gozo e a paz, a outros, a luta e o trabalho, resultando daí o que define como causa para o diferente juízo que as pessoas constroem sobre o assunto. Por conseguinte, se a pessoa vive em paz e abundância, deve pensar que outros lutaram e trabalharam para isto (IHERING, 1988).

Ihering assimila ser essa premissa limitada à ótica puramente científica com a qual se encara o direito, ponto que mais se distancia do seu lado real, a força, do que de seu lado racional, o conjunto de princípios abstratos, repercutindo numa “forma de lidar com a questão em desarmonia com a realidade” (IHERING, 1988, p.18).

O direito é dotado de duplo sentido: o objetivo, relacionado ao conjunto de princípios de direito vigentes, à ordem legal da vida; e o subjetivo, projeção da regra abstrata do direito concreto da pessoa (IHERING, 1988), encaminhando duas direções para Ihering. Segundo ele, coexiste em ambas uma resistência que o direito precisa vencer, seja triunfando ou mantendo a luta. E por mais que a sua proposta teórica incida sob a análise do sentido subjetivo, pretende deixar nítido que, sob ambos os aspectos, a luta é da mesma essência do direito.

Quanto à ordem legal disposta pelo Estado, este não conseguiria mantê-la sem lutar continuamente contra a anarquia que o ataca (IHERING, 1988). É interessante perceber que, para tal conclusão, Ihering enfrenta o papel da luta na manutenção das estruturas políticas, econômicas e sociais, denotando que o princípio do direito,

quando à frente dos privilégios, constitui uma ameaça, e que o instinto de conservação pessoal permite que os interesses ameaçados se oponham a toda tentativa de guerra ao *status quo*, ofertando a mais violenta resistência e dando seguimento a uma luta que, como qualquer outra, não será resolvida através do raciocínio, mas por intermédio da força nela empenhada.

Conforme Ihering, todas as grandes conquistas da história do direito, como a abolição da escravidão, a eliminação dos servos, a livre disposição da propriedade ou a liberdade da consciência, foram alcançadas através do envolvimento no processo enérgico de luta. Para ele, o direito seria como Saturno devorando seus próprios filhos, afinal, “não é possível renovação sem romper com algo do passado” (IHERING, 1988, p.20).

O autor fundamenta que o direito concreto despreza a própria ideia sobre a qual se apoia, por buscar, por meio de sua existência, alcance e duração ilimitada. O direito seria o eterno porvir, devendo o que existe dar lugar ao novo (IHERING, 1988). Extrai-se, portanto, a conotação de um direito não estático, em constante construção, não havendo como falar em normas que se validem por si mesmas.

Quanto ao interesse, o autor percebe que a luta pelo direito concreto tem como causa uma lesão ou uma subtração desse direito. Assim, quando um indivíduo é lesado em seu direito, surge em sua consciência a questão de como deve lidar, resistir ou ceder a isso. Qualquer que seja a solução, deverá fazer sempre um sacrifício; sacrificar o direito à paz ou a paz ao direito (IHERING, 1988).

A tolerância, dessa forma, abre espaço para perdas graduais. Ihering (1988, p.27) posiciona-se muito bem ao ilustrar a situação:

Um povo que tolerasse que ocupassem e usurpassem impunemente uma légua quadrada de seu terreno, pouco a pouco se iriam ocupando todas as demais até que não lhe restasse coisa alguma, deixando de existir como Estado; não mereceria na verdade mais digna morte, nem melhor sorte.

Não seria, assim, o interesse material vulnerado que motiva o indivíduo que sofre tal lesão a exigir uma satisfação, mas a dor moral que lhe causa a injustiça de que é vítima. De acordo com o jurista, não são todos que buscam essa satisfação; alguns optam por tomarem uma “decisão inteiramente contrária a todos” (IHERING,

1988, p. 27), preferindo à paz ao direito, conquistado tão trabalhosa e penosamente. Para Ihering, é uma questão pessoal e de temperamento: uns amam a paz, outros, a luta. Tal forma de proceder, abandonando a luta, seria condenável e contrária à própria essência do direito. Afinal, caso tal comportamento prevaleça, destruir-se-á o próprio direito, motivando a fuga diante da injustiça, quando não existe direito sem se lutar contra ela (IHERING, 1988).

Impõe-se, assim, um duplo princípio, resistir à injustiça, em sua concepção, torna-se um dever do indivíduo para consigo mesmo, porque é um preceito da existência moral, e um dever para com a sociedade: a resistência não pode ser cingida de êxito, senão quando for geral (IHERING, 1988).

A luta, em sua esfera individual, ao circundar a existência moral como direta e essencialmente ligada à sua conservação, aponta para a premissa de que desistir completamente da defesa equivaleria a um suicídio moral. Nesse sentido, o que somos obrigados a rechaçar é o ataque. Para Ihering (IHERING, 1988, p.29):

Não basta colocar condições vitais sob a proteção de um direito representado pelos princípios abstratos, é preciso que o indivíduo desça ao domínio da prática para defendê-las, e a ocasião é evidente quando a arbitrariedade ousa atacá-las.

Ihering (IHERING, 1988, p.30) revela que toda injustiça não é, portanto, mais que uma ação arbitrária, isto é, um ataque contra a ideia do direito. Entretanto, nem tudo configura esse arbítrio, posto que

O possuidor de uma coisa minha e que se considera seu proprietário, não nega em minha pessoa a ideia da propriedade, apenas invoca um direito ao lado do meu, reduzindo-se toda a questão em saber qual é o proprietário.

Em sentido oposto, explica que o desonesto, que se coloca fora do domínio legal da propriedade, nega não só a quem pertence a coisa, como afeta a própria ideia de propriedade, condição, para Ihering, essencial à existência da pessoa. O ataque aos bens atinge a própria personalidade. Diante do direito e do dever de defesa quando atacado, apenas o conflito desse dever com algum interesse superior, a exemplo da

vida, fundamenta que se opte por outra reação, justificando a renúncia à propriedade (IHERING, 1988).

Destarte, a associação entre a apropriação da coisa e a impressão da personalidade sobre ela torna possível que qualquer ataque dirigido a esse objeto atinja a própria personalidade, uma vez que “a propriedade não é mais que a periferia da personalidade estendida a uma coisa” (IHERING, 1988, p. 42).

Ihering ainda elucida a sensibilidade ao ataque injusto com a questão de classe, ao denotar que os encargos especiais de uma classe e de uma profissão podem atribuir a certa esfera do direito uma importância mais alta, e aumentar, por conseguinte, a sensibilidade ao sentimento legal da pessoa (IHERING, 1988).

Ele destaca que, no caso de tal sensibilidade surgir na massa social, surge também a esperança de que as forças não sejam consumidas numa resistência inútil, empreendidas até o ponto de alcance por parte das demais classes sociais e das próprias leis. Busca-se, portanto, uma transformação de um sistema ou de uma parte de sua estrutura que saturou ou não atende mais, satisfatoriamente, aos interesses e demandas coletivas (IHERING, 1988).

Ihering percebe a dinâmica de um Estado organizado, que permite a participação da opinião pública, capaz, inclusive, de influir sobre os tribunais em todos os ataques graves feitos ao direito de uma pessoa, à sua vida ou à sua propriedade, concedendo aos indivíduos o desembaraço da parte mais intensa do trabalho.

Quanto ao sentimento que embasa as reações, diante da injustiça devidamente configurada, este compreende o sentimento da dor. Isto é, da natureza ameaçada, que abarca, para além do físico, também o aspecto moral. Assim, “a verdadeira natureza e a real importância do direito revela-se mais completamente em semelhante momento, sob a forma de lesão moral, do que durante um século de gozo tranquilo” (IHERING, 1988, p. 42).

Quanto à natureza do sentimento, Ihering (IHERING, 1988, p. 43) define:

O sentimento despertado pela ofensa ao meu direito é dotado de um motivo egoísta, mas o sentimento provocado pela ofensa ao direito de outrem tem origem na força moral que a ideia de justiça desperta no coração do homem, representando o protesto de um

forte caráter moral contra a violação ao direito, e formando a mais bela e diferente manifestação do senso de justiça.

Assim, acredita que os que não tiveram o ensejo de vivenciar pessoalmente essa dor não sabem o que é direito, mesmo que conhecedores de todo o *Corpus Juris*, posto que não é a razão, mas o sentimento que pode resolver essa questão, sendo a consciência do direito persuasão legal, e outras tantas abstrações da ciência que o povo não conhece (IHERING, 1988).

Desse modo, para Ihering (IHERING, 1988, p. 44), a força do direito descansa, como a do amor, no sentimento, e a razão não o pode substituir quando o sentimento impera. Por conseguinte, o grau de dor que experimenta a pessoa lesada seria o indício do valor que tem o objeto da lesão. Não obstante, afirma que:

Experimentar a dor e permanecer indiferente, suportá-la com paciência sem defender-se, constitui uma negação do sentimento do direito que as circunstâncias podem justificar em certos casos, porém que em geral não deixariam de acarretar graves consequências para o sentimento do mesmo.

A capacidade de sentir a dor causada por uma lesão, associada à ação para reagir ao ataque, constitui duplo critério para o reconhecimento de que tudo vai bem com o sentimento legal. Em atenção à segunda condição, Ihering assevera que a força de ação seria uma questão de caráter, de forma que a atitude de um homem ou de um povo diante de um atentado contra o seu direito é fundamento seguro para julgá-lo (IHERING, 1988).

Defende ainda que, independentemente de como as pessoas com diferentes capacidades econômicas julgam um mesmo objeto, quando o ataque ferir, por exemplo, a propriedade, não é a medida econômica, isto é, a “antítese da pobreza e da riqueza”, que tem aplicação, pois não se trata, nessa circunstância, do valor material do objeto, mas do valor ideal do direito e, por conseguinte, da energia do sentimento legal relativo à propriedade e de um dever para consigo mesmo (IHERING, 1988).

No que se refere à luta pelo direito na esfera social, Rudolf von Ihering acredita que a defesa do direito é um dever que temos para com a sociedade, na medida em que a realização prática do direito público está assegurada, por, em tese, estar

imposta como dever aos funcionários públicos; já a do direito privado apresenta-se aos particulares sob a forma abstrata do direito, isto é, dispondo sua prática à sua livre iniciativa e à sua própria atividade (IHERING, 1988).

Ihering argumenta que o direito não será letra morta e que se realizará, no primeiro caso, se as autoridades e os funcionários do Estado cumprirem com o seu dever, e, no segundo, se os indivíduos fizeram valer os seus direitos. Contudo, dispõe que, se, por qualquer circunstância, seja por comodidade, por ignorância ou medo, esses últimos permanecerem inativos, o princípio legal perderá, por esse motivo, o seu valor (IHERING, 1988).

Ele infere que as disposições do direito privado não existem na realidade e não têm força prática, a não ser na medida em que se fazem valer os direitos concretos; e se é verdadeiro que estes devem sua existência à lei, não deve ser menos verdadeiro que, por outra parte, eles a restituam (IHERING, 1988).

Por fim, admite que a luta pelo direito é ao mesmo tempo uma luta pela lei, não se tratando apenas de um sentimento pessoal, de um fato isolado em que a lei toma corpo, mas da “lei que se tem desprezado e calcado e que deve ser defendida sob pena de torná-la uma frase de sentido” (IHERING, 1988, p.55). O direito, assim, não pode ser sacrificado sem que a lei o seja também, situação bem definida na análise do Casarão da Tamarineira.

3. REFLEXOS LEGAIS: OS DIREITOS ENVOLVIDOS

O presente trabalho tem por escopo analisar a atuação do direito sob a ótica da luta tendo por base o pensamento do jurista alemão Ihering, utilizando o caso concreto do Casarão da Tamarineira. Para tanto, faz-se necessária a abordagem dogmática capaz de indicar quais direitos se relacionam à questão. Assim, o atual tópico busca integrar e reconhecer a presença dos direitos materiais envolvidos no caso.

A propriedade é ponto central na formação e no desenvolvimento da sociedade capitalista, sendo alvo de diversas análises sociais, históricas, políticas e econômicas, conjugando os mais variados estudos interdisciplinares. Portanto, é importante destacar que, embora necessário, o debate em torno desse tema também deve ir além dos pressupostos dogmáticos, não o isolando das complexidades que o constroem.

A ocupação do Casarão da Tamarineira, localizado em bairro nobre do Recife/PE, faz alusão a debates cotidianos que envolvem o direito à moradia e à propriedade, atingindo seus apêndices, a exemplo da reintegração de posse, da função social da propriedade, da usucapião urbana e do direito à cidade. Diante do contexto fático, é mister perceber que a modificação da situação jurídica apontada pela norma no que antes abrangia apenas a ótica individualista de propriedade recebe novos contornos, sugeridos pela atuação necessária da função social.

3.1. Direito de propriedade e função social

A concepção de direito à propriedade se modificou ao longo da história. Fredie Didier (DIDIER, 2017) observa que, a partir do século XIX, a trajetória individualista sobre esse direito ganhou novos contornos, principalmente com a incidência do conflito factual de grande miséria cominada com o início da Revolução Industrial.

Nesse viés, o constitucionalismo e os primeiros elementos que configuraram os direitos fundamentais, oriundos das Revoluções Burguesas, correspondem a uma visão política de separação entre a sociedade e o Estado (BONAVIDES, 2019). José Luiz Quadros de Magalhães (2008, p. 19) expõe que o direito à propriedade, absoluto e intocável, passa a ser compreendido como o pilar do Estado liberal.

Nessa acepção, Carlos Frederico Marés (2003, p.182) afirma que

A modernidade capitalista transformou a terra em mercadoria quando a fez propriedade privada individual e transferível a quem não a usa. Antes da invenção moderna da propriedade individual da terra, seu uso era determinante. Quer dizer, para que alguém se considerasse proprietário, ou, pelo menos, com direito à terra, tinha que usá-la. E usá-la, no conceito da época, era lavrá-la, fazê-la produzir bens consumíveis que para o capitalismo se chamariam mercadoria.

Com o intuito de sanar o obstáculo materializado no uso enquanto fator determinante, os juristas liberais desenvolveram a tese de que qualquer intromissão na propriedade por parte do Estado seria restritiva da liberdade do proprietário (MARÉS, 2003).

É nesse sentido que a Constituição Federal Brasileira de 1988, ante o contexto histórico, trata o direito de propriedade – expresso no artigo 5º, inciso XXIII da Carta Magna, em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) – como direito de liberdades negativas, isto é, de não interferência do poder do Estado sobre as ações individuais.

Entretanto, logo em seguida a Constituição restringe o exercício do direito à propriedade, ao elencar a necessidade de acolhimento da sua função social (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88), ressignificando esse conceito construído historicamente e reiterando a nova acepção nos princípios orientadores da ordem econômica (art. 170, II e III).

Destarte, não há como se falar em direito de propriedade absoluto ou puramente individual. Fredie Didier (2007, p. 2), inclusive, argumenta que, atualmente, os procedimentos que servem à tutela da posse e dos direitos reais não podem ser estudados sem a observância da norma constitucional (função social) que estrutura todo o sistema infraconstitucional de proteção dessas situações jurídicas.

Ademais, Didier (2008, p. 8) ainda pontua que a função social integra o próprio conteúdo do direito de propriedade, segundo o qual só existiria direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social. Nesse sentido,

A propriedade privada e sua função social são dois dos princípios que regem a ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição da República, que estruturam a regulação da chamada iniciativa privada. Princípios que, em análise apressada, poderiam ser entendidos como antitéticos, na verdade se complementam, sendo a função social, atualmente, vista como parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, seu outro lado – só há direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social.

Quanto à propriedade urbana, a CF/88, em seu artigo 182, § 2º, dispõe que ela cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Fundamentado pela supremacia do interesse público sobre o particular, o Estado tem o condão da desapropriação, desde que em observância ao art. 5º, XXIV, da CF/88. *In verbis*:

XXIV – A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

3.2. Posse e ações possessórias (reintegração de posse)

A função social da propriedade também detém a sua correlação com o exercício da posse. Isto posto, Fredie Didier (2008, p. 6) assegura que a posse é, pois, o instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade. Para ele, o proprietário, para cumprir a função social da propriedade, precisa, logicamente, possuir a coisa; ou seja, a posse seria o principal instrumento de exercício do direito de propriedade.

O professor Miguel Lanzellotti Baldez (1989, p. 12) afirma que as lutas pela terra se concretizam pelo ato de posse dela, fator que historicamente antecede a figura de propriedade, descrito por ele como “mero efeito jurídico construído pelo direito, para garantir a propriedade da terra a quem não estivesse em sua posse efetiva” (BALDEZ, 1989, p. 12). Assevera, assim, que o conceito de propriedade como relação ou vínculo jurídico independente da posse, é mero fato que o direito positivado na lei atribui.

Em seguida, o autor descreve que a posse associada a outros fatores, como o tempo ou a violência, origina determinados efeitos jurídicos. Nessa acepção, a posse associada ao tempo dá fundamento à usucapião, forma de transformar a posse em propriedade, enquanto a posse com violência, isto é, a agressão à posse em seu conceito burguês, concebe a proteção possessória (BALDEZ, 1989).

Sendo assim, em linhas gerais, há três possibilidades de proteção possessória: o interdito proibitório, a manutenção da posse e a reintegração de posse. O interdito tem o condão de evitar agressões à posse, exequíveis pela turbação ou esbulho, de natureza, portanto, inibitória. A reintegração é a ação que se relaciona com a perda da posse por ato de agressão, o esbulho. E a manutenção requer a turbação, a ocorrência de algum incômodo ao exercício da posse.

Quanto à reintegração e à manutenção de posse, o art. 561 do CPC/15 dispõe que, na petição inicial da ação possessória, o autor da ação deva indicar e provar, com os meios de que dispuser, (1) a sua posse; (2) a turbação ou o esbulho praticado

pelo réu; (3) a data da turbacão ou do esbulho; e (4) a continuacão da posse, embora turbada, na açao de manutencão, ou a perda da posse na açao de reintegracão. Para tanto, torna-se primordial a demonstracão da funcão social. Afinal, as açoes possessórias não devem atrapalhar a observância de previsões constitucionais.

Ademais, Baldez (1980, p. 14) delimita que a terra é bem de uso, e não a usar ou usá-la mal, tendo-se sobre ela uma relação de propriedade, instiga a contradicão formal entre a propriedade sem uso e a posse do que se tem, mas não se usa. Ele argumenta que a contradicão se materializa quando a terra é ocupada e passa a estar na posse de outrem que não seja em sentido jurídico seu proprietário. É o caso de uma ocupacão coletiva de terra, como o Casarão, e, para ele, nas circunstâncias de fato da ocupacão, a posse seria o mais forte mecanismo de correção da propriedade, tratando-se, assim, do próprio direito em construçao.

3.3. Usucapião (urbana coletiva)

A trama do Casarão da Tamarineira situa-se em um contexto de ocupacão urbana em que cada família utiliza um cômodo da casa, caracterizando o que doutrinadores chamam de usucapião coletivo.

A usucapião é uma espécie de aquisicão de propriedade móvel ou imóvel pelo exercício da posse, sem interrupção, nos prazos fixados em lei. Como visto, seu fundamento consiste na associacão entre a posse e o tempo. O nosso Código Civil dispõe sobre tal constructo no art. 1.238, admitindo tal previsao:

Art. 1.238 Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposicão, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Os moradores do Casarão ocupam o espaço há mais de 20 anos, restauraram a estrutura arquitetônica e elétrica da casa, efetivando melhorias necessárias à

continuidade da habitação. Ademais, as primeiras famílias que chegaram ao local foram responsáveis pela limpeza do terreno que, segundo a vizinhança, era inóspito¹.

Dado o contexto, é essencial destacar a correlação entre o instituto da usucapião e a função social da propriedade. João José Ramos Schaefer (2003, p. 3) argumenta que a usucapião não representa um ataque ao direito de propriedade, mas um tributo à posse, pois

Para ser possível a usucapião exige-se do possuidor posse por longo período, exercendo-se esse direito contra quem, embora tendo título de propriedade, abandonou o imóvel, deixando que outrem o ocupasse e lhe conferisse função social e econômica mais relevante. Preenchidas essas condições de tempo, continuidade e incontestabilidade, o possuidor pode requerer ao juiz que declare, por sentença, sua posse *ad usucapionem*, servindo a sentença como título para transcrição no registro de imóveis.

Schaefer (2003, p. 4) destaca que não se exige tempo de posse exclusiva do requerente da usucapião. A soma do tempo de posse resulta da soma da posse atual com a de antecessores. Segundo o artigo 1.243 do Código Civil: “o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas”.

Das espécies de usucapião (além das clássicas: usucapião extraordinária e ordinária), a Constituição Federal prevê mais duas possibilidades, a usucapião especial urbana (art. 183 da CF/88; art. 9º do Estatuto da Cidade; art. 1.240 do Código Civil) e a usucapião especial rural (art. 191 da CF/88; art. 1.239 do CC). O art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) também elenca uma quinta hipótese: a usucapião coletiva de áreas urbanas.

A usucapião coletiva de áreas urbanas caracteriza-se pelos núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a 250 metros quadrados por possuidor, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (art. 10 da Lei nº 10.257/2001, redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017).

1 PÉ NA RUA, PROGRAMA. CASARÃO DA JAQUEIRA (OCUPAÇÃO URBANA). Programa Pé na Rua 2ª Temporada, Programa 4 - “Quadro da Certo”, 2016.Recife.

O § 1º do referido artigo admite a soma do tempo das posses, permitindo que o possuidor, para o fim de contar o prazo exigido, acrescente sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

Ademais, a declaração da usucapião coletiva será feita mediante sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Imóveis (§ 2º do art. 10 da Lei nº 10.257/2001). Sentença essa pela qual o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno para cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (§ 3º do art. 10 da Lei nº 10.257/2001).

A partir de então, o condomínio especial constituído é considerado indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio (§ 4º do art. 10 da Lei nº 10.257/2001).

O art. 11 do Estatuto da Cidade aponta que, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel *usucapiendo*, isto é, até a decisão final do pedido de usucapião coletiva.

Quanto às partes legítimas para a propositura da ação de usucapião urbana, o art. 12 da referida lei elenca:

Art. 12 São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;

II – os possuidores, em estado de composses;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

Insta observar, que como será visto no caso concreto, o art. 13 do Estatuto da Cidade (Lei 10.253/01) admite que a usucapião especial de imóvel urbano seja

invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Dessa forma, é válido o entendimento de que o Estatuto da Cidade amplia e instrumentaliza a materialização do direito humano à moradia, democratizando, como dito por Daniel Lobo Olímpio (2013, p. 13), o acesso à terra e o direito à cidadania das populações que estão à margem da cidade formal.

Quanto ao Casarão, comprovada a posse mansa e pacífica de mais de 20 (vinte) anos, o art. 183 da CF, o art. 1.240 do CC, bem como o art. 10 da Lei 10.257/2001 fundamentam a configuração da usucapião coletiva urbana para o caso concreto.

3.4. Direito à moradia

O artigo 6º da Constituição Federal garante o direito à moradia, assim como diversos tratados internacionais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 4) afirma que o direito à moradia tem caráter de direito humano (decorrente dos tratados internacionais) e de direito fundamental (referente à hierarquia constitucional), apresentando, assim, dupla proteção normativa em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida.

Rui Geraldo Camargo Viana (2000, p. 549) identifica que o cenário fático reflete a má distribuição da área urbana, com vazios antieconômicos constantes. Nesse sentido, conclui que o desperdício alonga o perfil da cidade e, por conseguinte, aumenta a demanda de transportes, afastando cada vez mais o trabalhador de seu polo de atuação laboral, o que torna sua vida mais onerosa e sacrificada.

Ademais, Viana (2000, p. 549) observa que os desatendidos pelo poder público, sem condição de formação de renda, não podem pleitear adequado padrão de habitabilidade e, por isso, sofrem, em sua peregrinação, duplo impacto, posto que a convergência para os centros urbanos eleva a pressão demográfica, incentivando a busca por moradia de baixo custo que, por efeito dessa afluência, teria seu preço ampliado.

Os movimentos sociais tornam-se, assim, centros de articulação e entidades de transformação. Nessa lógica, instituições como a CMP (Central de Movimentos Populares) estimulam qualquer tipo de atuação com a pretensão de reduzir o déficit habitacional, apoiando, inclusive, a invasão de terrenos, principalmente em áreas

públicas, sob o argumento de que a responsabilidade pela questão é do poder público (VIANA, 2000), visto que, para a concretização desse direito, deveres positivos são impostos ao Estado.

Por conseguinte, é essencial perceber o papel do Estado na modificação e na manutenção das estruturas políticas e sociais, assim como a essencialidade da pressão popular como poderoso agente de mudança. Afinal, em constantes processos de ruptura e readaptação, o direito tem revelado ser construído na prática, comunicando, assim, a necessidade de rearranjo das estruturas de poder perante as demandas e movimentações populares, sob pena de se tornarem obsoletas.

4. O CASARÃO DA TAMARINEIRA

O Casarão da Tamarineira, localizado na rua Neto de Mendonça, na zona norte do Recife/PE, foi construído na década de 1960 e abandonado pelo dono nos anos de 1980. A partir de então, passou por um longo processo de ocupação realizado por famílias que, sem moradia, não tinham para onde ir.

Os novos moradores realizaram a limpeza do terreno e, desde então, cerca de 25 famílias vivem no imóvel, próximo a Jaqueira, há mais de 20 anos. Hoje o local é considerado de significativa valorização imobiliária no Recife.

As famílias vivenciaram a primeira tentativa de desocupação com a instauração da ação de reintegração de posse proposta pelo magistrado plantonista da comarca do Recife em junho de 2010.

A partir da consulta aos autos², verificou-se a existência de escritura pública anexa que atribuía aos autores, legítimos proprietários, residência e domicílio na cidade do Rio de Janeiro. Esse foi o fundamento utilizado para que obtivessem conhecimento do esbulho apenas no dia 17 de junho de 2010, o que teria conduzido, em 22 de junho do mesmo ano, ao registro da *notitia criminis* em sua oposição.

Os autores reportaram que o imóvel foi invadido pelos réus através do arrombamento dos portões, tipificando má-fé, pela expressa oposição dos legítimos proprietários. Ademais, afirmaram que a sua posse havia sido esbulhada há cerca de um ano, configurando posse nova e preenchendo todos os requisitos da reintegração

2 TJPE. Ação de reintegração de posse nº 0034467-08.2010.8.17.0001. Julgador: Paulo Roberto Alves da Silva. 20ª Vara Cível da Capital. Publicado em 07/12/2010

liminar. Ao final, solicitaram o auxílio policial com o intento de refrear aqueles que se opusessem à reintegração.

No mesmo dia da propositura da ação, dispondo do depoimento de duas testemunhas arroladas pelos autores que confirmaram as alegações, o juiz plantonista decidiu, liminarmente, a imediata desocupação do imóvel com auxílio da força policial. Ademais, determinou a citação e intimação, por oficial de justiça, dos réus. Para fundamentar tal decisão, o magistrado entendeu por desconsiderar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a concessão da liminar, requisitos basilares para a concessão de cautelar, considerando suficiente a comprovação da posse e do esbulho praticado (art. 927 do CC).

As famílias, então, foram surpreendidas no meio da noite pelo mandado de reintegração de posse, executado, principalmente, por seguranças privados, com poucos policiais à paisana, além do declarado proprietário e de seu advogado³.

Inicialmente, por acreditarem viver em condição irregular, a atitude dos moradores foi de aceitação do despejo, que os removia com brutalidade e atirava para fora os seus pertences. Entretanto, por integrarem bem a vizinhança, moradores do entorno perceberam a movimentação e conseguiram prestar certo auxílio às famílias.

Elucidados quanto aos seus direitos, os moradores passaram a resistir à tentativa de remoção, e, diante de diversas irregularidades, posteriormente evidenciadas, a operação suspendeu o despejo, concedendo o prazo de cinco dias para uma nova ação.

As 23 famílias passaram então a viver momentos de angústia e incerteza, engajando a sociedade civil organizada, a advocacia privada e algumas instituições, como a Defensoria Pública do Estado, o Ministério Público e o Centro Popular de Direitos Humanos em um projeto de luta e resistência.

Cientes de que a qualquer momento uma nova tentativa de desocupação aconteceria, os moradores, conjuntamente com o apoio popular, reestruturaram, inclusive, a arquitetura da casa, construindo o muro de entrada de forma a dificultar a passagem e garantir certa sensação de segurança.

3 LEIA JÁ. CASARÃO da Tamarineira e a luta pelo direito à moradia. Disponível em: <https://m.leiaja.com/noticias/2015/12/21/casarao-da-tamarineira-e-luta-pelo-direito-moradia/> Acesso em: 28/01/2019

A decisão de reintegração de posse, com a consequente tentativa de imediata retirada das famílias que habitavam o casarão, assim como todo o desfecho relatado, foi noticiada por jornais do Recife, como a Folha de Pernambuco⁴, o Diário de Pernambuco⁵ e o Jornal do Comércio⁶, assim como em páginas da mídia digital. Habitantes do bairro e pessoas a quem a notícia alcançava deram amplo apoio aos residentes, dormindo, inclusive, no Casarão, para reforçar a resistência em caso de nova tentativa de reintegração.

Destaca-se que a conjuntura de resistência e luta foi responsável por possibilitar a permanência das famílias no Casarão e por comprovar a ilegalidade da reintegração de posse, assim como a ilegitimidade dos autores da demanda.

A especulação imobiliária e o desenvolvimento urbano predatório da cidade do Recife torna casos como o do Casarão extremamente comuns. Nesse sentido, é interessante imaginar a surpresa dos moradores ao se depararem com as forças que atuavam pela reintegração e com a consciência e resistência popular, agregada pela repercussão do caso na mídia.

Ainda, diversos núcleos e movimentos somaram-se aos moradores, resultando no acesso à informação e na elucidação de direitos, assim como no surgimento de novos movimentos, em eventos de arrecadação e em um novo olhar sobre como pensar o acesso à cidade, culminando no aparecimento de grupos como “Amigxs do Casarão da Tamarineira”, composto por estudantes, pessoas autônomas, membros de movimentos sociais e pelos próprios residentes do Casarão.

O Núcleo de Assessoria Jurídica Popular – Najup (grupo de extensão em Direito da Faculdade de Direito do Recife) e o Diretório Acadêmico, composto por estudantes da Universidade Católica de Pernambuco, também participaram ativamente das dinâmicas e das soluções propostas, levando o conhecimento que, muitas vezes,

4 AMIGXS do casarão se unem por financiamento coletivo. **Folha de Pernambuco**. Disponível em: <https://folhape.com.br/noticias/noticias/cotidiano/2017/07/27/NWS,35866,70,449,NOTICIAS,2190-AMIGXS-CASARAO-UNEM-POR-FINANCIAMENTO-COLETIVO.aspx>. Acesso em: 20/09/2018.

5 CASARÃO da tamarineira, grupo arrecada fundos para reestruturação do imóvel. **Diário de Pernambuco**. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2015/12/casarao-da-tamarineira-grupo-arrecada-fundos-para-a-reestruturacao-do-imovel.html>. Acesso em: 20/09/2018.

6 INSTITUIÇÃO promove evento para ajudar moradores do casarão da Tamarineira. **Jornal do Comércio**. Disponível em: <https://noticias.ne10.uol.com.br/grande-recife/noticia/2015/12/02/instituicao-promove-evento-para-ajudar-moradores-do-casarao-da-tamarineira-584223.php>. Acesso em: 20/09/2018.

fica encerrado nos muros das universidades para o meio social, possibilitando maior autonomia aos principais protagonistas dessa história, as famílias do Casarão.

O trabalho de base e a organização dos moradores, fortalecidos pela rede de apoio da comunidade e pelo núcleo jurídico, não tornou fácil a desapropriação, sendo, ainda, interposto pelo núcleo de apoio do Casarão um Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE com pedido de efeito suspensivo, visando atacar a decisão interlocutória que concedeu a liminar de reintegração. Assim, foi citada a ilegitimidade das partes em razão da posse pacífica do imóvel, configurada em mais de 17 (dezessete) anos, sem oposição, para fins de moradia, assim como a nulidade do processo pela incompetência absoluta do juiz plantonista para proferir a decisão (Resolução n.º 267/09 do TJPE) e pela ausência de pronunciamento do representante do Ministério Público.

O agravo de instrumento teve seu seguimento negado, sendo restabelecidos os efeitos da liminar que determinou a reintegração de posse. Em seguida, o Ministério Público do Estado de Pernambuco – MPPE, através da 7ª Promotoria de Justiça de Direitos Humanos, Habitação e Urbanismo, requereu a imediata sustação do cumprimento da medida liminar de reintegração de posse, a designação de audiência com as partes e a intervenção obrigatória do órgão na qualidade de *custos legis*.

O processo retornou ao juízo originário da 20ª vara cível da capital, que determinou o sobrestamento da execução da liminar e, posteriormente, revogou a liminar concedida no plantão judiciário, mantendo a posse do imóvel com os demandados. Por fim, foi anexado ao processo original à Ação de Usucapião Urbana e Coletiva pela posse pacífica e ininterrupta do terreno, conforme art. 10 da Lei nº 10.257 (Estatuto da Cidade).

O processo ainda não foi sentenciado até o momento atual, mas a situação jurídica do imóvel se estabilizou e as famílias permanecem exercendo sua posse pacífica com o acompanhamento do Ministério Público e de instituições como a Asace (Agente de Saúde Ambiente e de Controle das Endemias) para inspeção de variantes como o sistema de esgoto, entulhos, infiltrações e o sistema sanitário da casa.

No ano de 2015, entretanto, as famílias foram novamente surpreendidas, dessa vez pela via administrativa, através de uma ordem de interdição do imóvel realizada

pela Prefeitura do Recife, que, através de um antigo relatório, atribuía situação de risco à propriedade.

Mais organizados, os moradores e sua rede de apoio lidaram rapidamente com a questão. Acionada mais uma vez, a Promotoria de Justiça de Direitos Humanos expandiu sua atuação no caso, instaurando um inquérito para acompanhar e tratar, administrativamente, possíveis irregularidades e descuidos do terreno.

Além das irregularidades físicas, a Secretária de Assistência Social, em visita, constatou problemas com relação à água potável, ao saneamento e à energia, e a existência de um banheiro coletivo em condições precárias.

Diante de dificuldades com a rede elétrica e da ameaça de uma iminente interdição, mesmo com os laudos da Defesa Civil não apresentando riscos suficientes para justificar a desocupação do espaço, os moradores, novamente, contaram com a ajuda da vizinhança, assim como com a de movimentos sociais, estudantis e, inclusive, de pessoas autônomas, que se uniram pelo propósito de resistência e luta coletiva, com o fim de empreender a permanência das famílias no imóvel.

Com a necessidade de que reparos fossem realizados para a garantia das recomendações do laudo e para a dignidade das famílias, a imprescindibilidade de se captar recursos influenciou na implementação de uma campanha de sucesso, com o fim de arrecadar os valores restantes para a conclusão das obras exigidas pela Defesa Civil e pelo Ministério Público, com o arrimo dos Amigxs do Casarão.⁷

Em vista disso, através de atividades, de vaquinhas on-line e de festivais na rua Neto de Mendonça, as reformas estruturais do imóvel se tornaram possíveis, garantindo melhorias e certa tranquilidade para moradores e moradoras.

5. REFLEXOS DA LUTA DE IHERING PELO DIREITO

As situações fabricadas e as figuras criadas que intervieram para o desfecho do caso do Casarão nos levam a questionar o paralelo entre a existência de um direito dado e a possibilidade de que ele seja um constante constructo. Afinal, caso os moradores do Casarão tivessem apenas se conformado com a reintegração, desocupando o imóvel, a quem o direito serviria? Seria ele justo?

⁷ CMI. ATO amanhã no casarão da Tamarineira: famílias podem ficar sem moradia. Disponível em: <https://reciferesiste.wordpress.com/2010/12/06/atoamanha-no-casarao-da-tamarineira-familias-podem-ficar-sem-moradia/>. Acesso em: 28/01/2019.

Rudolf von Ihering expõe que todo direito no mundo foi alcançado por meio da luta; seus postulados mais importantes foram conquistados num combate contra aqueles que não os aceitavam; assim, todo o direito, seja o de seu povo, seja o de um indivíduo, só é possível caso ambos, indivíduo e povo, se disponham a lutar por ele (IHERING, 1988).

Assim, tanto no direito como na propriedade se partilham o trabalho e o gozo sem que sofra, entretanto, a sua correlação, o menor prejuízo (IHERING, 1988). Nesse sentido, o Casarão da Tamarineira recorda o aspecto da luta e da construção de direitos constitucionalmente garantidos, trazendo à baila a necessidade de vigilância e luta constante para a efetividade das normas.

Depreende-se, assim, que não é suficiente a existência das normas para a concreta aplicação do que elas dispõem. O direito é uma construção cotidiana e que invoca a necessidade de luta para o alcance da justiça, principalmente quando se indispõe com as forças financeiras que atuam na extralegalidade.

A materialização de garantias, como a dignidade da pessoa humana, portanto, se relaciona diretamente com a efetividade da mobilização empregada, assim como com a consciência e com o empoderamento dos direitos envolvidos, posto que, sob o prisma de Ihering, a luta perdura enquanto o mundo existir, pois o direito deve continuamente se precaver contra os ataques da injustiça.

A real eficácia jurídica e social do direito, portanto, é promovida através das forças empregadas para a sua concretização e edificada por meio da luta. Afinal, conforme observado no caso concreto do Casarão, disposições normativas e constitucionais, como o instituto da usucapião e a função social da propriedade, só reuniram condições suficientes para serem consideradas por intermédio da luta empreendida por moradores e simpatizantes, que intervieram no processo.

Compreende-se, assim, que, através da luta e resistência desempenhada a partir da elucidação e consciência do direito, da mobilização social e do apoio de instituições públicas e/ou privadas, o Casarão da Tamarineira tornou-se símbolo de resistência em meio à especulação imobiliária existente na zona urbana do Recife, materializando a eficácia a preceitos constitucionalmente garantidos.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do trabalho, a tela social projeta constantemente a luta pelo direito nas mais diversas camadas urbanas e rurais, em especial no que se refere ao direito à moradia, à dignidade da pessoa humana e à função social da propriedade.

Isso porque, apesar de sua consolidação em diplomas nacionais e internacionais, certos direitos permanecem à mercê da proteção e da garantia pública. Destaca-se que, para a materialização desses direitos, deve-se lidar com as forças que empurram seus beneficiários para esferas de exclusão e marginalização, o que torna a proteção jurídica insuficiente perante as constantes violações e não concretudes de sua aplicação.

Sendo assim, faz-se essencial a elucidação e a consciência de direito a todas as camadas sociais, de forma a garantir que, diante de qualquer violação, os agentes interessados empenhem todas as suas forças para a construção e concretização de um direito mais justo e em conformidade com suas necessidades.

Pôr em ótica os procedimentos jurídicos e a atuação do poder público no caso concreto do Casarão da Tamarineira envolve inúmeras discussões a respeito dos movimentos sociais, da função social da propriedade, da atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, da aplicabilidade de direitos protegidos constitucionalmente, das forças políticas e dos interesses econômicos que buscam condicioná-los. Discussões pertinentes e atuais, principalmente quando consideramos o déficit habitacional em que vivemos.

A vulnerabilidade do direito à moradia deve permanecer em pauta, a fim de sanar as incoerências do sistema e de garantir isonomia, proteção e digna condição de vida aos grupos sociais mais marginalizados.

Para tanto, a delimitação do tema quanto ao caso do Casarão da Tamarineira, ocupação urbana em bairro nobre do Recife/PE, torna o debate atual, tratando do processo de construção de direitos, das vulnerabilidades, das exclusões sociais, da necessidade de proteção jurídica e da atuação conjunta de diversos órgãos na garantia de direitos que, embora consolidados por diversos institutos, permanecem ameaçados.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 17-39.

BALDEZ, M. L. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista: ocupações coletivas: direito insurgente**. Petrópolis: Centro de Defesa dos Direitos Humanos, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. **Código Civil** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 21/01/19. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21/01/19.

BRASIL. **Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em 21/01/19.

BOULOS, G. **Por que Ocupamos?: Uma introdução à luta dos sem-teto**. São Paulo: Scortecci, 2012.

BRASIL. **Código Civil** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 21/01/19.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21/01/19.

BRASIL. **Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm . Acesso em 21/01/19.

CMI. **ATO amanhã no casarão da Tamarineira: famílias podem ficar sem moradia**. Disponível em: <https://reciferesiste.wordpress.com/2010/12/06/ato-amanha-no-casarao-da-tamarineira-familias-podem-ficar-sem-moradia/>. Acesso em: 28/01/2019.

LEIA JÁ. **CASARÃO da Tamarineira e a luta pelo direito à moradia**. Disponível em: <https://m.leiaja.com/noticias/2015/12/21/casarao-da-tamarineira-e-luta-pelo-direito-moradia/> Acesso em: 28/01/2019

DE ACYPRESTE, Rafael; COSTA, Alexandre Bernardino. **Ações de reintegração de posse contra o movimento dos trabalhadores sem teto: dicotomia entre propriedade e direito à moradia.** Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1825 - 1867, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/23595>>. Acesso em: 28 março. 2019.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **CASARÃO da Tamarineira, grupo arrecada fundos para reestruturação do imóvel.** Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2015/12/casarao-datamarineira-grupo-arrecada-fundos-para-a-reestruturacao-do-imovel.html>. Acesso em: 20/09/2018.

DIDIER JR, F. **A função social da propriedade.** Revista de Processo. Ano 33. Nº. 161. Jul/2008.

FOLHA DE PERNAMBUCO. **AMIGXS do casarão se unem por financiamento coletivo.** Disponível em: https://folhape.com.br/noticias/noticias/cotidiano/2017/07/27/NWS,35866,70,449,NO_TICIAS,2190-AMIGXS-CASARAO-UNEM-POR-FINANCIAMENTO-COLETIVO.aspx. Acesso em 20/09/2019.

IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito.** São Paulo: Editora Acadêmica. 1988.

IHERING, Rudolf. **El Fin en el Derecho.** Granda: Editorial Comares, S.L. 2000

JORNAL DO COMÉRCIO. **INSTITUIÇÃO promove evento para ajudar moradores do casarão da Tamarineira.** Disponível em: <https://noticias.ne10.uol.com.br/grande-recife/noticia/2015/12/02/instituicao-promoveevento-para-ajudar-moradores-do-casarao-da-tamarineira-584223.php>. Acesso em: 20/09/2018.

LAUDA, Bruno. INFLUÊNCIAS EM IHERING: investigação dos fundamentos de seu pensamento em sua fase madura. **Revista eletrônica do curso de Direito.** Santa Maria. v.4, n.3, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7037/4254> . Acesso em: 28 março. 2019.

LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. **A questão habitacional no Brasil.** Câmara dos Deputados, Brasília, jul. 2001. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1469>>. Acesso em: 10/06/2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional – Curso de Direitos Fundamentais.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. **Função social da propriedade**. Reforma agrária e meio ambiente: teoria e prática no estado do Paraná. Curitiba: Kairós, 2010.

MEDEIROS, João. **Direito à moradia, direito à habitação e habitação adequada**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50698/direito-a-moradia-direito-a-habitacao-e-habitacao-adequada>. Acesso em: 12/06/2018

MERELES, Carla. **Direito à Moradia: Todos tem direito a um lar**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/direito-a-moradia>. Acesso em: 12/06/2018

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade**. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.P. 21

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro**. Brasília, s.d. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>>. Acesso em: 10/06/2018.

OSÓRIO, Letícia Marques. **O direito à Moradia adequada na América Latina**. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 17-39.

OLIMPIO, Daniel Lobo. **Usucapião Coletivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9215-9214-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 abril 2019

ONU. **Comentário geral nº4, do Comitê sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais: o direito à habitação adequada**. 1991. <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html#7>>. Acesso em: 10/06/2018.

PÉ NA RUA, PROGRAMA. **CASARÃO DA JAQUEIRA (OCUPAÇÃO URBANA)**. Programa Pé na Rua 2ª Temporada, Programa 4 - “Quadro dá Certo”, 2016.Recife.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20.ed. São Paulo: Forense, 2006. v.4.

RECIFE RESISTE. **ATO amanhã no casarão da Tamarineira: famílias podem ficar sem moradia**. Disponível em: <https://reciferesiste.wordpress.com/2010/12/06/atoamanha-no-casarao-da-tamarineira-familias-podem-ficar-sem-moradia/>. Acesso em: 28/01/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. Arquivos de Direitos Humanos, v. 4, 2002.

SCHAEFER, João José Ramos. **Usucapião: conceitos requisitos e espécies**. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/.../usucapiao_joao_jose_schaefer.pdf>. Acesso em: 11/07/2018

SOUZA, Sérgio Iglesias de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: RT, 2004.

TÔRRES, Lorena. **Usucapião de Bens Imóveis Urbanos**. Disponível em: <https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/534411241/usucapiao-de-bens-imoveis-urbanos> Acesso em: 12/06/2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Ação de reintegração de posse nº 0034467-08.2010.8.17.0001**. Julgador: Paulo Roberto Alves da Silva. 20ª Vara Cível da Capital. Publicado em 07/12/2010

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Resolução n.º 267/09**. DJPE 20/08/2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/13862994/pg-9-diario-de-justica-do-estado-de-pernambuco-djpe-de-20-08-2009>. Acesso em 21/01/19.

TUCCI, José. **Espírito do Processo Civil moderno na obra de Rudolf Von Ihering**. Revista USP. São Paulo, 1992.

VIANA, R. G. C. (2000). O direito à moradia. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 95, 543-552. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67487>. Acesso em: 27/04/2019.

PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS ABUSIVOS NO CENÁRIO DESPORTIVO: REVISITANDO OS TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE ELISÃO E EVASÃO FISCAL

ABUSIVE TAX PLANNINGS IN THE SPORTS CONTEXT: REVISITING THE DISTINCTION BETWEEN TAX ELISION AND TAX EVASION

Sérgio Victor Mendes de Alcântara

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito
(BA)

Solon Flores Bessony de Sousa

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito
(BA)

RESUMO: O presente artigo trata da tributação da renda dos atletas, discutindo um planejamento tributário específico comumente utilizado no cenário desportivo: a cessão gratuita dos direitos de imagem do atleta para uma pessoa jurídica da qual ele é sócio para que esta tome seu lugar em contratos de campanhas publicitárias com terceiros, fazendo crer que é a sociedade quem está auferindo renda, e, conseqüentemente, praticando o fato gerador do Imposto de Renda. Analisar-se-á, por meio do método hipotético-dedutivo – em que se formulam hipóteses para depois confirmá-las por meio do falseamento – e com o auxílio de pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo, se tais operações negociais do contribuinte são válidas, abordando, necessariamente, o conflito doutrinário entre elisão, evasão e elusão fiscal, para, então, afirmá-lo como um planejamento tributário abusivo.

ABSTRACT: *The article deals with the taxation of athletes' finances, pointing out a specific tax planning commonly used in the sports context: the free assignment of the athlete's image rights to a legal entity of which he is a partner, so that enterprise*

can participate in advertising campaign contracts with other companies, making believe that it is society that is earning finances, and consequently, practicing the taxable event of the Finance Tax. It will be analyzed, by the hypothetical-deductive method, in which hypotheses are formulated to later confirm them, through falsification, and with the aid of a qualitative bibliographic research, if such taxpayer business operations are valid, necessarily addressing the doctrinal conflict between tax elision, evasion and tax “elusion”, and then affirm it as an abusive tax planning.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade analisar a licitude de um planejamento tributário bastante realizado no meio desportivo por alguns atletas, qual seja: a cessão gratuita dos direitos de imagem do atleta para uma pessoa jurídica da qual ele é sócio para que esta tome seu lugar em contratos de campanhas publicitárias com terceiros, fazendo crer que é a sociedade quem está auferindo renda, e, consequentemente, praticando o fato gerador do Imposto de Renda, submetendo tais verbas a uma alíquota bastante menor que a incidente sobre pessoas físicas e permitindo, ainda, retirar o excedente por meio de lucros e dividendos, que se constitui como uma verba isenta.

Tal recorte se mostra interessante pelo fato de que, uma vez considerada a licitude de tais operações, não poderia a Fazenda Pública jamais questioná-las. Afinal, é um direito do contribuinte se submeter a uma tributação menos onerosa, desde que o faça por meios lícitos. A problemática deste artigo, portanto, permeia o debate doutrinário acerca da elisão, da evasão e da elusão fiscal, avaliando se tais operações realizadas pelo contribuinte são ou não lícitas, e se a respectiva economia tributária é válida ou não.

Num primeiro plano, busca-se distinguir os institutos da elisão e da evasão tributária, situando-os em polos totalmente extremos, como o de validade e fraude tributária, respectivamente, pontuando a elusão fiscal como uma terceira figura, localizada na zona de penumbra entre as duas anteriores. Com todo o aparato teórico e doutrinário sobre tais classificações, passa-se a avaliar especificamente a modalidade de planejamento tributário em questão, formulando as hipóteses de que, seja pela Teoria do Abuso de Formas – uma subespécie da cláusula geral do abuso de direito positivada no art. 187 do Código Civil de 2002 –, seja pela evasão fiscal

clássica, tais arranjos contratuais serviriam para desnaturar a hipótese de incidência tributária do imposto de renda sobre o patrimônio do sócio contribuinte enquanto pessoa física, já que ele faz figurar a sua empresa em polos contratuais em que somente ele poderia estar, ante o caráter de serviço personalíssimo prestado.

Assim, busca-se também investigar se os atletas estão utilizando pessoas jurídicas interpostas para a diminuição da carga tributária suportada ao se aproveitarem das diferenças existentes entre os regimes de tributação sobre a renda das pessoas físicas e das pessoas jurídicas. Nessa esteira, abordar-se-á a normatividade de regência sobre o tema, pontuando se ela está ou não apta a esclarecer o suposto disfarce utilizado pelo contribuinte, notadamente tendo por base os artigos 116, parágrafo único, e 149, VII, do Código Tributário Nacional.

Todo esse objetivo culmina, necessariamente, na delimitação do que é “renda” para fins tributários, para que se possa perceber quem é que, de fato, estaria cumprindo o fato econômico elegido pelo legislador como situação fática suficiente para caracterizar o fato gerador do imposto de renda. É por isso que se mostra igualmente essencial para este trabalho identificar também se a “renda”, prevista no artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, se caracteriza como um “conceito” ou como um “tipo” para fins tributários, verificando se tais operações negociais do contribuinte teriam o condão ou não de se sobrepor à economicidade substancial que preencheria o instituto.

É o que se passa a demonstrar.

1. A FIGURA DA “ELUSÃO” NA PENUMBRA ENTRE VALIDADE E FRAUDE TRIBUTÁRIA

A análise do cerne da problemática sobre a qual se debruça este trabalho perpassa, necessariamente, pela compreensão de algumas relevantes premissas que se relacionam intrinsecamente com a diferenciação conceitual entre os fenômenos da elisão, da evasão e da elusão fiscal.

Conforme lição de Roque Antônio Carraza, a elisão fiscal pode ser conceituada como “a conduta lícita, omissiva ou comissiva, do contribuinte, que visa impedir o nascimento da obrigação tributária, reduzir seu montante ou adiar o seu cumprimento”. Nesse esteio, a elisão fiscal é alcançada pela não realização, pura e simples, do fato imponível do tributo ou pela prática de negócio jurídico tributariamente menos

oneroso. Tais manobras, embora beneficiem, com clareza solar, o contribuinte, não são condenadas pelo direito brasileiro¹.

No mesmo diapasão, Regina Helena Costa afirma que o instituto da elisão fiscal traduz aqueles comportamentos legítimos, permitidos (por não estarem proibidos) pelo ordenamento jurídico pátrio ao contribuinte, materializados com o intuito de redução do ônus tributário ou do diferimento das obrigações fiscais².

Desse modo, no caso da elisão fiscal, o contribuinte, utilizando-se das prerrogativas suscitadas pelos princípios da tipicidade fechada e da estrita legalidade da tributação, atua nos interstícios normativos, não entrando na relação jurídica tributária que tem por objeto a dívida tributária ou, subsidiariamente, entrando por caminhos que o levem a suportar carga fiscal menos onerosa³.

Logo, em apartada síntese, diz-se que o instituto da elisão fiscal consiste em um vetor de perpetuação do sempre presente objetivo do contribuinte de se submeter a uma tributação menos onerosa, adotando comportamentos não proibidos pelo direito pátrio que o levarão, naturalmente, à diminuição de sua carga tributária.

Nessa esteira de ideias, convém salientar uma importante constatação suscitada pelo doutrinador Roque Antonio Carraza: todas as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, têm o direito subjetivo de se valerem da elisão fiscal ou *tax avoidance*, que consiste no meio lícito de evitar ou de diminuir a carga tributária⁴.

Destaque-se, inclusive, que não apenas o ordenamento jurídico pátrio reconhece o instituto da elisão fiscal; trata-se de um direito subjetivo do contribuinte reconhecido por diversos ordenamentos jurídicos mundo afora, por se tratar de uma permissão para que, dentro das balizas legais, o contribuinte busque soluções para os seus

1 CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 360.

2 COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153 – 154.

3 CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 360 – 361.

4 *Ibidem*, p. 359.

problemas fiscais de modo a fugir da incidência tributária ou, não sendo tal objetivo precípuo possível, ao menos recolher menos tributo de maneira subsidiária⁵.

Por sua vez, o instituto da evasão fiscal diz respeito às situações em que se verifica a prática, concomitante ou posterior à incidência tributária, em que são utilizados meios ilícitos, tais como a fraude, a sonegação e a simulação, para que o contribuinte escape ao recolhimento dos tributos devidos⁶.

No mesmo sentido, Sampaio Dória apud Regina Helena Costa aduz que a evasão fiscal deve ser concebida como “toda e qualquer ação ou omissão tendente a elidir, reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação tributária”, tratando-se, assim, de uma “fuga ardilosa, dissimulada, sinuosa, furtiva, ilícita, em suma, a um dever ou obrigação”⁷.

Neste ponto, há de se destacar que o debate acerca da diferenciação entre os institutos da evasão e da elisão fiscal não se restringe ao âmbito da doutrina jurídica; existem precedentes judiciais exarados pelo Poder Judiciário brasileiro que comprovam, com clareza meridiana, que o ordenamento jurídico pátrio não apenas reconhece a existência dos institutos da elisão e da evasão fiscal, como também suas diferenciações substanciais e suas respectivas implicações jurídicas:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ELISÃO. EVASÃO FISCAL. DISTINÇÃO. ATOS ILÍCITOS. FRAUDE. GRUPO ECONÔMICO. DESCARACTERIZAÇÃO. EMPRESAS OPTANTES PELA SIMPLES PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESVINCULAÇÃO DOS EMPREGADOS DE FATO. NÃO PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VALIDADE FORMAL DO AUTO DE INFRAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O contribuinte pode selecionar os atos e os negócios que afastem ou diminuam a tributação, desde que os meios utilizados

5 *Ibidem*. p. 360.

6 MOREIRA, André Mendes. Elisão e evasão fiscal: limites ao planejamento tributário. **Revista da associação brasileira de direito tributário**, v. 21, p. 11-17, 2003. p. 3.

7 SAMPAIO DÓRIA, Antonio Robert o. **Elisão e Evasão Fiscal**. 2. ed. rev. São Paulo: José Bushatsky Editor em coedição com o Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, 1977. p. 21 e 45. *apud* COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153 – 154.

para alcançar o resultado econômico ou jurídico circunscreveram-se aos limites da legalidade. A doutrina diverge quanto à terminologia e ao conteúdo do fenômeno, porém a nomenclatura mais utilizada para designá-lo é elisão tributária. Em oposição a essa categoria, coloca-se a evasão tributária. Os atos ou negócios jurídicos escolhidos pelo contribuinte para alcançar a economia fiscal situam-se na senda da ilicitude, estabelecida em figuras como a fraude, o dolo e a simulação, bem como nas figuras típicas do direito tributário (sonegação, fraude e conluio).

2. O único critério seguro para indicar se o procedimento configura elisão ou evasão é o que se vale do exame dos meios (atos ou negócios jurídicos) escolhidos e praticados pelo contribuinte para excluir ou diminuir a tributação. Caso a administração tributária se depare com atos ou negócios jurídicos viciados por dolo, fraude, simulação, sonegação ou conluio, pode desconsiderá-los, sem necessidade de anulação judicial, e qualificá-los de acordo com a categoria jurídica e a norma de tributação pertinente. (...)

(TRF – 4 – AC: 500005323920104047005 PR 5000053-29.2010.4.04.7005, Relator: JOEL ILAN PACIONIK, Data de Julgamento: 02/10/2013, PRIMEIRA TURMA)

Isto posto, convém salientar a existência de uma terceira figura: a elusão fiscal ou elisão ilícita. Tal figura diz respeito à busca pela diminuição da carga tributária suportada em uma espécie de zona cinzenta entre a elisão e a evasão fiscal, onde se verificam atos jurídicos que são praticados mediante a utilização de artefatos, mas que não contrariam frontalmente a legislação pertinente. São, nesse esteio, as “atividades com licitude aparente, com adoção de forma jurídica atípica, a rigor lícita, com o escopo de escapar artificialmente da tributação”⁸.

Nessa linha de intelecção, por não se tratar de descumprimento frontal à legislação (ato *contra legem*), a elusão ou elisão ilícita não pode ser confundida com o instituto da evasão fiscal; a conduta elusiva se aproxima da elisão fiscal, haja vista que, em

8 SILVA, Lucas Miranda e. **Planejamento Tributário: Elisão, Elusão e Evasão Fiscais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017. p. 13 - 17.

ambas as ocasiões, o contribuinte se utiliza de atos formalmente lícitos com os quais logra evitar o nascimento do dever tributário⁹.

Desse modo, ao inverso da elisão, na elisão ilícita ou elusão fiscal, a licitude é apenas aparente, sendo, portanto, passível de correção em virtude de violação indireta ao ordenamento jurídico brasileiro, dependendo da estrutura do sistema jurídico em que for praticada¹⁰.

Nesse contexto, Ricardo Alexandre¹¹, seguindo a doutrina de Marco Aurélio Greco e Ricardo Lobo Torres, destaca a figura em que o contribuinte simula determinado negócio jurídico com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador, asseverando o autor que se trata de “um ardil caracterizado primordialmente pelo que a doutrina denomina de abuso das formas, pois o sujeito passivo adota uma forma jurídica atípica, a rigor lícita, com o escopo de escapar artificialmente da tributação”.

Para os que defendem a existência dessa terceira categoria – a elusão fiscal –, denominada ainda de elisão ineficaz, elisão ilícita ou elusão abusiva, ela estaria caracterizada por um planejamento tributário com uma aparência de licitude, não havendo, *a priori*, e pelo menos em tese, qualquer ilegalidade no negócio propriamente dito, só denunciando sua invalidez quando se explicita que o que houve foi uma simulação (abuso de formas) consistente na realização de um negócio simulado, visando a resultados que não são tipicamente almejados em tais contratos¹².

Realizada essa contextualização inicial, e explicadas as terminologias que serão utilizadas, convém agora analisar especificamente uma modalidade de planejamento tributário bastante utilizada no meio desportivo, a cessão gratuita da imagem para uma empresa da qual o atleta é sócio para que esta perpetue a cessão a terceiros para campanhas publicitárias – fazendo com que, em tese, a própria pessoa jurídica seja sujeito passivo das obrigações tributárias decorrentes de tal negócio jurídico –, pontuando os problemas ligados à licitude dos arranjos que a circundam.

9 GERMANO, Livia de Carli. **A Elusão Tributária e os Limites à Requalificação dos Negócios Jurídicos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico Financeiro e Tributário, São Paulo, 2010.. p. 32 - 33

10 *Ibidem*, loc. cit.

11 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 348 - 349.

12 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 349.

2. LIMITES DA GESTÃO DA IMAGEM DO ATLETA DIANTE DOS TRIBUTOS SOBRE O PATRIMÔNIO, ESPECIALMENTE O IMPOSTO SOBRE A RENDA

Este trabalho debruçar-se-á especificamente sobre uma prática negocial bastante comum dentro do meio desportivo, consistente num planejamento tributário composto, num primeiro momento, por um contrato de cessão de direitos, no qual o atleta transfere, de forma permanente e a título gratuito, a expressão econômica de seus direitos de imagem a uma sociedade da qual ele é o único sócio ou, ainda, o sócio majoritário, e, por sua vez, num segundo momento, firma outros contratos de cessão de imagem, estes sim, onerosos, para campanhas publicitárias com outras empresas.

Tais práticas negociais são, de fato, comuns no cenário esportivo, como se vê na ampla jurisprudência administrativa do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), contendo exemplos de casos dos atletas Neymar Júnior, “Guga”, “Conca”, “Cuca”, “Fred”, “Carlão”, dentre outros jogadores famosos, todos envolvendo obrigações assumidas por pessoas jurídicas constituídas por eles, mas, faticamente, sendo o cumprimento de tais obrigações realizado pelos próprios atletas, já que a imagem do contribuinte é personalíssima.

Outro fato que permeia alguns desses exemplos é o caráter irrevogável e irrevogável dessas cessões a terceiros, permitindo que a sociedade que perpetua a imagem do seu sócio contribuinte ganhe altos rendimentos por tais negócios, valores que serão submetidos a uma alíquota devedas inferior comparada à tributação que incidiria se quem estivesse, de fato, no polo contratual fosse a pessoa física do sócio. Tal planejamento tributário se mostra, ainda, bastante benéfico em termos financeiros, pois permite que o excedente não tributado pelo Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) seja retirado a título da operação societária de distribuição de lucro e dividendos, verba isenta do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF).

O que se verifica da análise desses contratos é que, apesar de caber ao sócio contribuinte, pessoa física, a participação em várias campanhas publicitárias em benefício de terceiros, quem figura como parte em tais contratos é a sua empresa, sendo ela, em tese, a contratante, ou seja, o contribuinte, enquanto pessoa física, é que efetivamente teve a imagem utilizada em campanhas publicitárias, contudo,

quem recebeu os valores decorrentes de tal exploração da sua imagem foi a pessoa jurídica da qual é sócio.

O contratempo que surge com tal situação, a qual se defende aqui ser um típico caso de elusão fiscal, ou de elisão ilícita/abusiva, é que a empresa declara o recebimento de tais valores e recolhe o IRPJ devido, porém deve-se compreender que o fato gerador do imposto de renda (qual seja, auferir renda) foi praticado pelo próprio contribuinte enquanto pessoa física, e não pela pessoa jurídica da qual é sócio. De fato, a pessoa jurídica teria figurado apenas como “pessoa interposta” em negócio praticado por meio de simulação relativa, com vistas a dissimular a prática do fato gerador pela pessoa física e, assim, obter economia tributária.

Mais uma vez, enfatiza-se aqui que tal planejamento tributário só tem a aparência de licitude, afinal, ceder sua imagem é totalmente possível diante da normatividade de regência, intensificando a discussão com o advento do artigo 129 da Lei nº 11.196/05¹³, a “lei do bem”, o qual permite que pessoas jurídicas prestem serviços personalíssimos de pessoas físicas, tendo, inclusive, sua constitucionalidade ratificada pelo STF na ADC 66.

Entretanto, enfatiza-se aqui que se trata de meros malabares negociais do contribuinte, insuficientes para validar tais operações, especificamente por dois motivos: a forma adotada pelos contribuintes prejudica a causa em si do negócio realizado (I), isto é, a própria razão de ser de uma cessão é violada ao utilizar uma forma negocial gratuita; e o resultado alcançado ao final de tal cadeia de contratos (II) denuncia que se trataria, em realidade, de uma simulação.

Desse modo, com amparo dos artigos 116, parágrafo único e 149, VII, do CTN, um dispositivo para justificar cada um dos tópicos indicados no parágrafo anterior, entende-se ser plenamente possível que a Fazenda Pública lavre auto de infração constituindo crédito tributário oriundo do Imposto de Renda da Pessoa Física, atribuindo ao sócio a sujeição passiva do referido tributo.

Isso porque, quanto à primeira hipótese, as cláusulas que dispõem sobre a irrevogabilidade e sobre o caráter permanente do objeto da cessão do uso de imagem

13 “Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância no disposto no art. 50 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil” (BRASIL, 2005).

da recorrente se caracterizam como abusivas, tendo em vista o que disciplina a Teoria do Abuso de Direito, prevista no art. 187 do CC/02, a qual declara que o abuso de direito é um ato ilícito, que ocorre na transmutação de dois momentos: um estático (I), no qual o ato surge conforme o direito, legitimado no ordenamento jurídico, portanto, inicialmente lícito; e outro dinâmico (II), quando há o exercício do direito contra os limites estabelecidos no ordenamento, quais sejam o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes¹⁴.

Aliás, não se trata, tão somente, de uma hipótese de abuso de direito, e, sim, notadamente, da ocorrência do instituto do abuso de formas, vez que se constata a “utilização de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico que, se fosse adotada a forma normal, teria um tratamento tributário mais oneroso”¹⁵. Em outras palavras, por meio do abuso de direito, nota-se uma incompatibilidade entre a roupagem exterior do negócio jurídico e o conteúdo econômico que lhe corresponde, caracterizando uma desconformidade entre a forma e a substância.

A desconformidade entre forma e substância nesse casos reside na desnaturação da cessão, naturalmente onerosa, por uma forma gratuita, e, justamente por conta da impossibilidade de uma cessão total e permanente, tais contratos que envolvem direito de imagem corresponderiam muito mais a licenças de uso, e não cessão, reforçando a ideia de que a disponibilidade desse direito se encontra somente em um de seus elementos, o patrimonial¹⁶.

14 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130 - 131.

15 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 231.

16 LIMA, Cleyber Correia. **Desafios e Estratégias para a Tributação da Renda de Desportistas**. Dissertação de Mestrado Profissional em Direito Tributário – Fundação Getúlio Vargas e Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28525/LIMA_Cleyber_dissertacao_desafios_e_estrategias_para_a_tributacao_da_renda_de_desportistas.pdf?sequence=3&isAllowed=y . Acesso em: 09 ago. 2021. p. 17-18, 28.

Nesse sentido, Ivan Taulil Rodrigues¹⁷ destaca que, a partir da edição da nova redação do art. 116, parágrafo único, do CTN¹⁸, tem-se verdadeira norma geral antielisão, a qual importa o reconhecimento de duas realidades, ambas capazes de gerar efeitos no mundo jurídico: “(...) a realidade que emerge da descrição dos fatos e formas utilizadas e a realidade que emerge da compreensão do contexto da (inter) subjetividade que animou e anima os atos praticados e negócios celebrados”, tratando-se, portanto, de uma das realidades sobre a qual irá recair a norma antielisiva.

A respeito do abuso de forma, uma das vias fundamentais para combatê-lo é por meio da requalificação dos fatos. Tendo em mente que o abuso de forma caracteriza a elusão/elisão ilícita, pode-se inferir que a própria norma¹⁹ do art. 116, parágrafo único, visa à requalificação do fato gerador, ou seja, a requalificar os atos e fatos praticados. Logo, desnaturada por completo a causa de uma cessão quando esta é feita de forma gratuita, e, ainda mais, para uma sociedade da qual o atleta é sócio, comportando-se tal pessoa jurídica como pessoa interposta, resta evidente o abuso de forma e a consequente elusão fiscal, cabendo, assim, requalificar o ato para quem, de fato, o praticou – o sócio contribuinte enquanto pessoa física.

Por outro lado, havendo quem entenda que tal norma não é aplicável, por faltar regulamentação que só poderia ser conferida por outra lei específica, a ilicitude de tais práticas comerciais há de permanecer sob outra justificativa – evasão fiscal por simulação e fraude. Estar-se-ia diante, portanto, de arranjos societários que caracterizam o instituto da evasão, de modo a simular a real intenção da pessoa jurídica ante a ausência de uma causa legítima, de um propósito negocial para a

17 RODRIGUES, Ivan Taulil. O princípio jurídico da boa-fé e o planejamento tributário. O pilar hermenêutico para a compreensão de negócios estruturados para obter economia tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 93, p. 34-44, jun. 2003. p. 34 - 44,

18 “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...). Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.” (BRASIL, 1966).

19 Deve-se recordar que o STF julgou a ADI 2.446, abordando a constitucionalidade/validade do parágrafo único do art. 116 do CTN, oportunidade na qual o Tribunal compreendeu, inicialmente, que não era competente à Fazenda Pública desconsiderar os atos do contribuinte que estivessem amparados pelo ordenamento, mesmo que esse ato resultasse no não pagamento de tributo. Todavia, naquela ocasião, a relatora, ministra Cármen Lúcia, se manifestou pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN, ainda que sob o manto classificatório de norma antievasiva. Por outro lado, a doutrina, e mais especificamente Ricardo Lobo Torres (2012), defende que a norma do artigo 116 não só é antielisiva, como isso também não a tornaria inconstitucional, adequando-se perfeitamente ao nosso ordenamento jurídico e possuindo eficácia plena.

cessão (inexistência de motivação extratributária) capaz de legitimar as medidas fraudulentas adotadas pela empresa.

Nessa perspectiva, é essencial recordar que a simulação é o intencional “desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um negócio jurídico que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o negócio realmente querido”²⁰. Sendo assim, o instituto da simulação, no âmbito tributário, representa vício que acarreta a invalidade do ato jurídico, conforme destaca o parágrafo único, inciso II, do art. 167 do CC/02: “Haverá simulação nos negócios jurídicos, quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”.

Desse modo, convém deixar claro que a simulação referida no art. 149, VII, do CTN²¹ se coaduna com tal previsão, sendo suficiente tal amparo normativo para a procedência da desconSIDERAÇÃO das cessões praticadas pela contribuinte e a consequente requalificação do fato gerador, porque visa ao combate específico da evasão fiscal presente em seu planejamento tributário. Nesse sentido, entende-se que a ausência de motivação extratributária nos atos praticados pelo sócio irá desaguar em uma simulação absoluta, indicando a falta de propósito negocial, demonstrando que o negócio jurídico ou ato praticado não possui nenhuma justificativa, a não ser a economia tributária.

Ante tais considerações, tem-se que os atletas, nesses casos, utilizam-se de formas contratuais abusivas (abuso de forma) com a intenção de economizar tributo, o que, por si só, configura-se como elusão fiscal/elisão ilícita, e que, para aqueles que entendem a não aplicabilidade do parágrafo único do art. 116 do CTN, analisando o arranjo probatório fático, percebe-se facilmente indícios suficientes para demonstrar que, na verdade, todo o arranjo societário e demais operações contratuais foram desenhadas com fins de dissimular a ocorrência do fato gerador de Imposto de Renda da Pessoa Física, implicando a constituição de uma cadeia de atos fraudulentos componentes de um grande quadro de evasão fiscal.

20 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

21 “Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;” (BRASIL, 1966).

3. ESCLARECENDO A ELISÃO X EVASÃO X ELUSÃO POR MEIO DE UMA CORRETA COMPREENSÃO DO QUE É “RENDA” PARA FINS TRIBUTÁRIOS

Doutrinariamente, discute-se acerca do melhor raciocínio para embasar a hermenêutica jurídica no tocante à incidência de institutos do direito tributário: ou pelo tipológico, ou pelo conceitual. Os tipos são descrições que intencionam formar uma imagem global, o que demanda uma interpretação teleológica, ou seja, que permita a compreensão da finalidade que se quer alcançar com a utilização do termo. Sendo assim, apresentam-se na “descrição do tipo” elementos incidentais que podem aparecer, ou não, nas situações que a ele se amoldam²².

Assim sendo, ao passo que o “conceito” descreve um fato, apresentando, listando e classificando componentes que se comportam como requisitos para a constituição daquele objeto, os “tipos” não se preocupam com o mesmo detalhamento, representando muito mais a “essência” de um instituto. Ressalta-se que o “tipo”, apesar de não listar os itens que compõem o objeto em análise, também apresenta um conteúdo mínimo essencial para a materialização do fenômeno em estudo, entretanto, o raciocínio por trás dessa decomposição não tem o mesmo grau de irrenunciabilidade que tem num “conceito”.

Uma comparação entre duas situações coordenadas a um mesmo tipo pode resultar na percepção de que elementos encontrados em uma delas não estejam presentes na outra, justamente porque a configuração concreta de tipos não demanda o preenchimento de um conjunto finito de elementos essenciais²³. Diferentemente, para o raciocínio conceitual, um evento concreto precisa preencher todas as notas características da definição de um conceito para nele se encaixar, visto que “só se pode falar de um conceito em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam”²⁴.

Assumidas tais premissas, depreende-se da redação do art. 153, III, da Constituição Federal de 1988 que não há nenhuma disposição de características essenciais que configure uma definição sobre o vocábulo “renda” na CF/88. Trata-se, portanto, de um tipo constitucional. De forma específica para este debate, apesar da

22 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 302 - 307.

23 *Ibidem, loc. cit.*

24 *Ibidem, loc. cit.*

efetiva aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda ser componente do fato gerador do IRPF, em nenhum momento o constituinte de 1988 definiu o que é “renda”, tornando-se possível, uma vez que ele assim o fez como um tipo, uma valoração econômica no caso *sub judice*.

Outrossim, dada a norma do art. 97, III, do CTN, um argumento sempre suscitado para defender a inaplicabilidade dos tipos nas hipóteses de incidência tributária está no juízo, antecipadamente equivocado, sobre o qual compete à lei necessariamente descrever o fato gerador constante na obrigação tributária principal. Tal sofisma não se mostra correto, pois a referida norma preconiza que à lei compete instituir o tributo, prevendo e delimitando seu fato gerador, uma vez sendo este a descrição legal de parcela da capacidade econômica do contribuinte que será expropriada em favor do Estado, restando-se configurada uma figura típica.

Essa é a concepção mais plausível da norma do art. 97 do CTN, pois, ao “definir o fato gerador” do tributo, não o faz o legislador pela técnica conceitualista, e, sim, com o auxílio de figuras típicas, pois “uma conceituação sem resíduos dos tipos é inalcançável”²⁵, de modo que a tarefa do legislador, em verdade, foi de mensurar a capacidade contributiva na expressão econômica de cada contribuinte.

Mais uma vez, é somente por causa da existência de “tipos” nas hipóteses de incidência dos tributos, e inserindo “renda” como tal, que é possível falar em interpretação econômica, tão relevante para o direito, pela máxima da prevalência dos fatos sobre a forma, presente no parágrafo único do art. 116 do CTN. Quando o constituinte estabelece que “compete à União instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza” em seu art. 153, III, só se verifica uma delimitação genérica para abranger todo o espectro da capacidade econômica tributável e não uma discriminação exaustiva dos fatos econômicos na regra-matriz de incidência do IRPF. Sendo assim, constata-se, por pura exegese, a presença de tipos no trato normativo do IRPF, com terminologias que demandam uma abertura axiológica (I) e uma delimitação pragmática (II), que não a dedução silogística utilizada pelos positivistas normativistas.

Sobre o primeiro ponto (I), necessária se faz uma postura interpretativa de redução teleológica no trato da norma do art. 153, III, da CF/88, técnica que permite ao intérprete reduzir o alcance da lei à finalidade econômica da norma, de modo a

25 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 187.

combater o abuso da forma jurídica, uma vez que o contribuinte tenha ampliado desmesuradamente o seu sentido²⁶.

É por meio da redução teleológica, numa consideração econômica sobre o fato gerador do IRPF, e concebendo “renda” como uma terminologia própria do direito tributário, que se afirma que o fato econômico de auferir renda, de fato, ocorreu no caso em tela, independentemente de qualquer forma dissimuladora da hipótese de incidência do tributo. Através dessa técnica, conclui-se que a norma do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) não alcança a atividade da recorrente, pois, sem nenhuma finalidade econômica ou negocial, a contribuinte dissimula a constituição de uma pessoa jurídica, valendo-se, abusivamente, de formas contratuais para afastar a incidência do IRPF.

Dessa forma, dado o imperativo constitucional da capacidade contributiva prevista no art. 145, §1º, da CF/88, verifica-se qual manifestação de capacidade econômica a norma do art. 153, III, da CF/88 quer alcançar, precisando, assim, o quantum de manifestação de capacidade contributiva se dá através de “renda”. Depreende-se, pela leitura do texto do §1º do art. 145 da CF/88, que a doutrina entende que, sempre que possível, deve-se atender a capacidade contributiva, prevalecendo, nesse caso, a cobrança legal e legítima do imposto devido pela Recorrente²⁷.

Apesar de a norma do art. 110 do CTN prever que o direito tributário não pode alterar conceitos próprios do direito privado quando de sua previsão como fato gerador de tributos, tendo em vista a delimitação pragmática da norma (II), o que na realidade se vê é que se está diante de um significado próprio do direito tributário, e não de um conceito de “renda” proveniente do direito civil. Isso porque, se fosse o termo “renda” compreendido nos moldes civilísticos, o §1º do art. 145 da CF/88 não faria menção à “capacidade econômica”, fator que, por si só, já é mais amplo que o mero acréscimo patrimonial²⁸.

Toda essa contribuição acerca da atividade do legislador tributário e do alcance que a hermenêutica judicial pode vir a ter não serve para defender a elasticidade de “renda” a ponto de se tributar toda e qualquer receita, mas sim para consolidar a ótica

26 TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário**: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 54.

27 GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p.339.

28 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Livro digital (E-pub) Produção: Guilherme Henrique Martins Salvador. p. 1411.

necessária de quem é que, de fato, realiza o fato gerador, de quem preenche aquele conteúdo econômico previsto na norma como suficiente para concretizar a obrigação tributária do IRPF.

Com isso, é certo falar que um correto enquadramento de eventuais autos de infração dar-se-ia ao imputar ao sócio contribuinte tais verbas, e não à sua empresa. O aspecto material da Hipótese de Incidência Tributária do IRPF é a “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica” de renda ou de proventos de qualquer natureza, assim entendidos nos incisos do art. 43²⁹, cabendo a ressalva do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo que o que deve ser considerado não é a localização ou a origem do rendimento, e sim a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica dele.

Nesse sentido, busca-se precisar evidentemente que não é a pessoa jurídica o sujeito passivo das obrigações tributárias compreendidas no período em que houve a cessão da exploração econômica do direito de imagem, mas sim o próprio atleta, titular do direito de imagem em questão, sócio da empresa que figura no polo contratual. Isso porque, além da ilicitude que compromete todos os contratos de cessão e exploração, a sociedade empresária prestaria um serviço personalíssimo que somente o próprio titular poderia realizar, simulando tais contratos o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária do IRPF, nos termos do já mencionado art. 167 e em seu parágrafo do Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

Os comportamentos perpetrados pelos contribuintes que tenham como finalidade a diminuição da carga tributária suportada podem ser classificados como comportamentos elisivos, evasivos ou elusivos. Os comportamentos elisivos dizem respeito àqueles comportamentos que estão em plena consonância com os ditames do ordenamento jurídico pátrio; os evasivos se referem aos comportamentos que contrariam frontalmente a legislação pertinente, e em que, noutras palavras, o

29 “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção” (BRASIL, 1966).

contribuinte se utiliza de meios cristalinamente ilícitos para suportar menor carga tributária; e os elusivos são relativos aos comportamentos que estão contidos na chamada “zona cinzenta” entre os comportamentos elisivos e os comportamentos evasivos, tendo em vista que os comportamentos elusivos são aparentemente lícitos, e carregam consigo um espectro de ilicitude maquiado.

Nesse esteio, tornou-se uma prática negocial bastante recorrente, dentro do meio desportivo, a realização de um planejamento tributário composto em que, em um primeiro momento, há a celebração de um contrato de cessão de direitos de imagem em que o atleta transfere, de maneira permanente e a título gratuito, a expressão econômica de seus direitos de imagem a uma sociedade da qual ele é o único sócio, ou, ainda, o sócio majoritário, e, em um segundo momento, há a celebração de outros contratos de cessão de imagem, esses sim, contratos onerosos, para campanhas publicitárias com outras empresas.

Com efeito, por meio dessa prática, os atletas logram êxito na diminuição da carga tributária por eles suportada, haja vista que as pessoas jurídicas são submetidas a um regime de tributação de imposto sobre a renda deveras inferior ao regime a que se submetem as pessoas físicas.

Assim sendo, defende-se neste trabalho que quem pratica o fato gerador do imposto de renda, ou seja, quem efetivamente auferir renda, são os atletas, ainda que a pessoa jurídica figure nos contratos onerosos de exploração de imagem, declare o recebimento dos respectivos valores e recolha o IRPJ devido. Nesses casos, a pessoa jurídica figura apenas como uma espécie de “pessoa interposta” nos negócios jurídicos praticados, através de simulação relativa, com o fito de dissimular a prática do fato gerador pela pessoa física e, assim, obter economia tributária. Em outras palavras, defende-se, aqui, o ideário de que esse tipo de comportamento deve ser reputado como um comportamento elusivo, dada a sua precípua aparência de lícitude, mas a sua verdadeira aparência de ilegalidade.

Também se faz igualmente necessário pontuar a urgência em adaptar a ótica interpretativa, argumentativa e de aplicação das normas jurídico-tributárias para compreender o fenômeno em sua totalidade, derrotando, por sua vez, qualquer resquício da precariedade e insuficiência de uma hermenêutica juspositivista ao analisar tais planejamentos tributários abusivos. Em sendo um *hard case*, a problemática da tributação de renda dos atletas não irá encontrar uma resposta pronta

no ordenamento pátrio, demandando, assim, do intérprete que se afaste de um rigor conceitual e de um formalismo ineficaz, observando, em verdade, o fato econômico-tributável diante dele.

Aliás, o fenômeno jurídico-tributário nada mais é do que um fato econômico assim definido pelo legislador tributante, demonstrando-se a hermenêutica valorativa não só como uma técnica útil, mas imprescindível nos litígios tributários. Deve-se, então, consolidar uma ótica, ao analisar os “casos difíceis” tributários, de quem é que, de fato, realiza o fato gerador, de quem preenche aquele conteúdo econômico previsto na norma como suficiente para concretizar a obrigação tributária do Imposto de Renda, evitando o equívoco de se perder em quaisquer malabares negociais ou arranjos contratuais do contribuinte.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018;
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;
- BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 04 ago. 2021;
- BRASIL. Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005. **Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera (...); e dá outras providências**. Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm. Acesso em: 29 ago. 2021;
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 360;
- COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;
- GERMANO, Livia de Carli. **A Elusão Tributária e os Limites à Requalificação dos Negócios Jurídicos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São

Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico Financeiro e Tributário, São Paulo, 2010;

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011;

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997;

LIMA, Cleyber Correia. **Desafios e Estratégias para a Tributação da Renda de Desportistas**. Dissertação de Mestrado Profissional em Direito Tributário – Fundação Getúlio Vargas e Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28525/LIMA_Cleyber_dissertacao_desafios_e_estrategias_para_a_tributacao_da_renda_de_desportistas.pdf?sequence=3&isAllowed=y . Acesso em: 09 ago. 2021;

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

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOREIRA, André Mendes. Elisão e evasão fiscal: limites ao planejamento tributário. **Revista da associação brasileira de direito tributário**, v. 21, p. 11-17, 2003;

RODRIGUES, Ivan Taulil. O princípio jurídico da boa-fé e o planejamento tributário. O pilar hermenêutico para a compreensão de negócios estruturados para obter economia tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 93, p. 34-44, jun. 2003;

SAMPAIO DÓRIA, Antonio Robert o. **Elisão e Evasão Fiscal**. 2. ed. rev. São Paulo: José Bushatsky Editor em coedição com o Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, 1977. p. 21 e 45. *apud* COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Livro digital (E-pub) Produção: Guilherme Henrique Martins Salvador;

SILVA, Lucas Miranda e. **Planejamento Tributário: Elisão, Elusão e Evasão Fiscais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017;

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MEDIDAS EXECUTIVAS NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS: PARA ALÉM DA PRISÃO COMO MEIO COERCITIVO

EXECUTIVE MEASURES IN FOOD EXECUTIONS: BEYOND PRISON AS A COERCITIVE MEDIUM

Vitória Thaysa Freitas de Sá
Bacharel em Direito.

Vinicius Silva Lemos
Advogado. Pós-Doutorando em Processo Civil pela UERJ. Doutor em Processo Civil pela UNICAP. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Especialista em Processo Civil pela FARO. Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON. 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: O presente artigo tem por desígnio tratar das execuções alimentícias, abordando os diversos meios da execução dessa espécie, para que venha a acontecer a satisfação alimentar quando não cumprida de forma voluntária pelo devedor. Quando se fala em ação de alimentos, entende-se que existe alguém que necessita do amparo de outrem, por exemplo, a mãe, que vive de trabalhos diários e apenas dessa forma não consegue sozinha sustentar seu filho e, então, provoca o Judiciário para obter ajuda do genitor da criança – é a chamada pensão alimentícia. Um dos

meios a ser abordado será a prisão civil, pois se sabe que, no Brasil, o devedor não poderá ser preso, mas, como em toda regra há exceção, se a dívida for alimentícia, isso poderá ocorrer. Discutir-se-á aqui sobre a penhora dos bens, a possibilidade da penhora salarial, entre outras formas que possam substituir a prisão.

Palavras-chave: Execuções alimentícias. Satisfação alimentar. Prisão civil. Penhora.

ABSTRACT: *This article aims to deal with food executions, addressing the various means of execution of this species so that food satisfaction occurs when it is not voluntarily fulfilled by the debtor. When a conversation in action about food it is understood that there is someone who is in need of medicine, for example, a mother who lives from daily tasks and only with this work cannot be alone, but provokes the judiciary to get help from the child's parent to support it, it is called an alimony. One of the means by which the accused will be arrested, because we know that in Brazil or the debtor cannot be arrested, but as every rule is an exception, there is a debt for food or return that can be arrested. Well, we will see about the fixation of assets, a possibility of fixing wages, among others.*

Keywords: Food. Food satisfaction. Civil prison. Garnishment.

INTRODUÇÃO

Os alimentos são de suma importância para o ser humano, e, dessa maneira, o direito à prestação alimentícia é um tema muito comum, principalmente quando a discussão envolve o direito de alimentandos descendentes menores de idade.

Evidentemente que o direito a alimentos não é somente para os descendentes menores de idade, sendo possível também aos ascendentes e/ou parentes que não possuam uma fonte de subsistência. O direito aos alimentos consiste na obrigação de prestar alimentos para aquele que comprova não possuir a capacidade de sustentar-se, como, por exemplo, um irmão que possui uma deficiência que não permite laborar, ou até mesmo um sobrinho menor de idade que perdeu os pais.

No ano de 1968, entrou em vigor no ordenamento jurídico a Lei nº. 5.478, que passou a dispor sobre as ações de alimentos, mais especificamente, dispondo sobre o procedimento para sua fixação. No ano de 1973, passou a vigor o Código de Processo Civil (CPC/73), trazendo os procedimentos processuais divididos em três fases: fase

de conhecimento, fase de liquidação, e fase de execução, e que também passou a tratar das questões alimentícias.

No ano de 2016, entrou em vigor a Lei nº. 13.105, de 2015 (CPC/2015), revogando todo o CPC/73, inovando, inclusive, quanto às execuções das prestações alimentícias.

O presente estudo trata justamente das execuções de prestações alimentícias – aquelas em que há uma sentença reconhecendo que o réu/alimentante deve prestar alimentos ao autor/alimentado – e do que foi alterado, com as novas diretrizes procedimentais e o seu mundo de medidas típicas delineadas, em contraponto com as poucas medidas típicas da execução normal por quantia certa.

O CPC/2015 trouxe inovações diversas, por exemplo, o fato de que, após o trânsito em julgado, não havendo o cumprimento voluntário, não acontecerá mais o que era chamado de execução forçada. No decorrer do artigo, serão abordados os procedimentos adequados e as consequências quando o devedor dos alimentos não cumprir a obrigação de forma voluntária.

1. O TÍTULO EXECUTIVO DE RECONHECIMENTO DA EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Por título executivo, entende-se um documento fundamental para a propositura da demanda executiva, podendo ser tanto judicial quanto extrajudicial. Trata-se de um requisito de admissibilidade específico. Muito bem explicam Didier Jr., Braga e Oliveira que “o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico-normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva¹.”

Durante a vigência do CPC/1973, a execução de alimentos era usada somente para aqueles alimentos reconhecidos por título executivo judicial e também contemplava dois ritos para que o credor alcançasse sua satisfação, ou seja, o que lhe era devido.

A diferença para o CPC/2015, atualmente vigente, está no processo autônomo. Ainda que o CPC/73 já dispusesse sobre medidas acerca da execução de alimentos,

1 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 9ª. ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.265.

não havia uma diferenciação da execução de alimentos para o cumprimento de sentença de maneira geral.

Logo, os títulos executivos a serem abordados neste item serão o cumprimento de sentença e a execução. O cumprimento de sentença explicita a execução de títulos judiciais. Thamay² explica:

Com efeito, o cumprimento de sentença em nosso ordenamento jurídico foi incluído nos moldes atuais pela reforma processual promovida pela Lei n.11.232/2005, aplicável às prestações de obrigação de fazer e não fazer, dar coisa ou pagar quantia. Entretanto, afirma-se que estas se dão de forma particular, tendo sido mantidas as disposições, em sua maioria, pelo CPC.

Mais adiante, será revelado que há uma diferença entre o procedimento do cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa e o cumprimento da sentença da obrigação de prestar alimentos, bem como a possibilidade da conversão do segundo para o primeiro procedimento mencionado.

Quanto à execução, refere-se ao título executivo extrajudicial, o qual também é o procedimento para obtenção da satisfação do crédito atingindo os bens, ou seja, o patrimônio do devedor. Conforme Souza³, sobre o art. 784 do CPC, os títulos executivos extrajudiciais

São documentos em que a obrigação do devedor e o direito do credor já se encontram estabelecidos, de forma que dispensam qualquer pronunciamento cognitivo pelo Judiciário. A dispensa de decisão pelo Judiciário se dá em razão de que o direito e a obrigação já se encontram definidos, e não há mais necessidade de processo de conhecimento para definição.

Com a entrada em vigor do CPC/2015, diversas mudanças foram feitas quanto ao cumprimento de sentença, com o intuito de melhorar a própria tutela executiva, em busca de maior efetividade e celeridade.

2 THAMAY, Rennan Faria Kruger. Manual de direito processual civil. 2a. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

3 SOUZA, Gelson Amaro de. Comentário ao Art.784. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2019. p.1254.

Uma primeira mudança diz respeito a eliminar as dúvidas existentes quanto ao procedimento que seria aplicado quando do cumprimento de uma decisão interlocutória, seja de maneira geral, seja a que fixa alimentos provisórios. Calmon⁴ aponta:

Agora houve a definição no sentido de que o rito adequado à cobrança dos alimentos fixados em qualquer *pronunciamento judicial* será exatamente o mesmo, qual seja, aquele previsto nos arts. 528 a 532, independentemente de sua natureza. A única observação que poderia se fazer diz respeito à necessidade de autuação em apenso, como mencionado.

Não há uma modificação da natureza dos alimentos sobre a execução em si, visto que a permissão do cumprimento dos alimentos provisórios é pelo mesmo rito para o cumprimento dos alimentos definitivos.

No entanto, em razão da nova sistemática trazida pelo CPC/2015, os alimentos provisórios fixados sob a tutela de urgência também seguirão a forma do cumprimento definitivo, ainda que contra elas sejam interpostos recursos. Como em toda regra há exceção, essa exceção encontra-se disposta no art. 297, parágrafo único do CPC, no qual a tutela provisória seguirá a regra do cumprimento provisório de sentença naquilo que lhe for aplicável.

Com a concessão da tutela provisória, há a possibilidade do exequente vir a ser responsabilizado, como afirma Calmon⁵:

Portanto, na eventualidade de essa liminar vir a ser cassada por algum dos motivos previstos nos incisos do art. 302, o exequente-alimentando pode vir a ser responsabilizado por eventuais danos causados pela efetivação da medida concedida a seu favor, respeitando-se, por óbvio, a irrepetibilidade dos alimentos recebidos (CC, art. 1.707).

Para que haja a execução alimentar, é necessário que seja proferida uma decisão reconhecendo que o réu realmente tem uma obrigação, seja provisória ou definitiva.

4 CALMON, Rafael. Direito das famílias e processo civil: interação. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 306.

5 CALMON, Rafael. Direito das famílias e processo civil: interação. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 308.

Não há nenhuma necessidade de que o trânsito em julgado já tenha se consolidado em uma sentença/decisão para que haja um cumprimento definitivo; é o que traz o art. 1.012, §1º, II, do CPC, caso seja apresentado o recurso de apelação tempestivamente. Para Didier, Cunha, Braga e Oliveira⁶,

A execução de alimentos é a modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente. Recebe tratamento especial (CPC, art. 528-533 e 911-913) em razão da especial natureza e relevância da prestação a ser efetivada (alimentar).

O cumprimento de sentença nada mais é que um modo de execução de um título executivo, ainda que seja oriundo de uma decisão judicial, sem deixar de ser um procedimento executório.

O cumprimento pode ocorrer de duas maneiras, sendo a primeira por cumprimento voluntário, na qual o devedor efetuará o pagamento por vontade própria, seja realizando o depósito antes de qualquer iniciativa do exequente, como no art. 526 do CPC, seja dentro do prazo determinado na intimação prevista no art. 523 do mesmo código. A segunda fase trata da execução forçada, onde serão praticados os atos, os meios para satisfazer a execução, fazendo com que o exequente venha a receber o que é seu por direito.

O cumprimento de sentença da prestação de obrigação alimentícia, com o advento do CPC/2015, é uma novidade, pois não havia, no CPC/73, uma norma específica. Nos ensinamentos de Abelha⁷, a

CPC prevê os arts. 528-533, que têm por objeto o “cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos”, deixando claro que tanto o regime do título provisório quanto o definitivo se submetem a esse regramento.

6 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 9a. ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.738.

7 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 480.

Como se percebe, basta que se tenha um título executivo, ou seja, uma decisão judicial, não importando se transitada em julgado ou não, para que se promova o início do cumprimento da prestação de alimentos.

1.1. A relação de alimentos

Abelha⁸ leciona que, “em obrigação alimentícia”, o direito a alimentos ocorre por qualquer dos vínculos que o direito admite.

Alimentos são prestações pagas periodicamente por alguém a um outro para suprir a subsistência ou a condição social. Convém destacar o posicionamento doutrinário de Theodoro Jr.: “*alimentos*, em sentido jurídico, compreendem tudo o que uma pessoa tem direito a receber de outra para atender a suas necessidades físicas, morais e jurídicas⁹”. No mesmo sentido, Conâco¹⁰ explica que “os alimentos devem ser compreendidos como algo que vai muito além da questão da alimentação de fato, abrangendo, na verdade, tudo aquilo que é essencial para a vida do alimentando.”

Trata-se de um direito impenhorável, imprescritível, ou seja, sua exigência poderá ocorrer a todo tempo e, em juízo, não se pode renunciar a ele. Para sua fixação, deverá ser observado o binômio necessidade x possibilidade.

Os alimentos podem ser divididos em naturais ou acessórios, que dizem respeito à necessidade básica do alimentando, por exemplo, alimentação, habitação e vestuário, e também em civis ou cômmodos, tratando-se da proteção da qualidade de vida. Quando se depreende sobre o direito alimentar, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana é algo maior que o dar de comer a quem tem fome. Trazendo um ensinamento de Venosa¹¹:

8 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 475.

9 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. II, 40ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 284.

10 CONÂCO, Taline. A prisão civil por débito alimentar no Código de Processo Civil de 2015: uma análise acerca da (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54027/a-priso-civil-por-dbito-alimentar-no-codigo-de-processo-civil-de-2015-uma-anlise-acerca-da-im-possibilidade-de-priso-civil-do-devedor-de-alimentos-indenizatorios>.

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: família e sucessões. 20ª. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 394.

Alimentos Naturais ou Necessários possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para a subsistência. Alimentos Cíveis ou Cômputos incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado.

Além dessa divisão, os alimentos podem ser classificados em legítimos, voluntários e indenizativos.

Uma segunda classificação diz respeito aos alimentos provisórios, ou seja, àqueles que são fixados em sentença, porém sua decisão não transitou em julgado, ainda está sujeita a recurso; ou ainda aos definitivos, na qual houve um trânsito em julgado.

A Constituição Federal, em seu art. 227, determina a relação de parentesco como um dos requisitos para a existência da obrigação alimentícia, seja no grau ascendente, seja no grau descendente. Porém, além da Constituição Federal de 1988, há ainda o Código Civil, em seus arts. 1.694 e seguintes, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990), que determina também acerca do vínculo de parentesco como pressuposto para prestação da obrigação alimentícia. Segundo Marcelo Abelha¹²:

Problema maior reside quando não se tem, ainda, a certeza do parentesco, e o indivíduo necessita de alimentos para a sua manutenção. A Lei 8.560 de 29.12.1992 veio regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Para tanto, restou expressamente determinado no seu art. 7º que, para casos de reconhecimento judicial de paternidade (já que no art. 1º há outras formas de reconhecimento), sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite. Portanto, como veremos, essa norma não impede que sejam devidos alimentos antes da sentença (provisionais), apenas estabelecendo que é obrigatória a sua fixação na sentença de primeiro grau quando esta for favorável à concessão de alimentos.

12 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 477.

Além de haver o reconhecimento da prestação alimentícia por vínculo de parentesco, temos a relação jurídica material alimentícia através do matrimônio, estando disposto no art. 1.566, III, do CC como um dos deveres dos cônjuges a mútua assistência, de forma que, após o divórcio, é possível que o ex-cônjuge pague pensão alimentícia ao outro, o mais necessitado, em respeito ao princípio da solidariedade familiar e da dignidade humana.

Porém, essa mútua assistência, após o divórcio, cessará se o alimentando/credor vier a casar novamente, entrar em uma união estável ou concubinato, como prevê o art. 1.708 do CC, ou até não ter mais a necessidade, caso se reestabeleça financeiramente.

A obrigação alimentícia não é uma obrigação solidária; trata-se de uma obrigação conjunta, pois, se um dos obrigados não puder prestá-la, os outros serão acionados, tendo em vista ainda que, conforme o art. 1.700 do CC, essa obrigação é transmitida ao herdeiro do devedor.

É importante ressaltar que aqueles que possuíam união estável também estão entre os que possuem o direito de receber alimentos, o que foi reconhecido legalmente no ano de 1994, com a entrada em vigor da Lei nº. 8.971. Atualmente, o CC prevê, em seu art. 1.694, esse reconhecimento, sendo o referido artigo o mesmo que trata dos alimentos entre os cônjuges.

Sabe-se que, para a fixação dos alimentos, é observada a regra do binômio necessidade x possibilidade, propiciando que o instituto dos alimentos, concebidos pelo direito das famílias, realmente preste auxílio às pessoas necessitadas em vez de servir para fomentar o ócio e o parasitismo.

1.2. As espécies de títulos de obrigação de prestar alimentos: judicial e extrajudicial

Durante a vigência do CPC/73, o rito especial apenas era usado para os alimentos reconhecidos por título judicial, sendo o rito em que há a possibilidade de imposição da prisão civil do devedor inadimplente. Esta era vista como uma medida agressiva que somente deveria ser admitida como consequência de um título executivo judicial, uma vez que o juízo já teria analisado e decidido acerca da existência do direito a uma prestação alimentar.

De outro modo, quanto aos alimentos referentes a títulos extrajudiciais, muito se entendia o rito a ser adotado no ordenamento, sendo revogada a execução de título extrajudicial, sem qualquer possibilidade da prisão civil.

Com as alterações do CPC/2015, o legislador encerrou a discussão.

De certa maneira, ao tratar dos procedimentos de execução de crédito alimentício, o ordenamento inseriu dois procedimentos, enfrentando tanto o título judicial de alimentos quanto o título extrajudicial: o primeiro, previsto nos arts. 528 a 533 do CPC, e o segundo, nos arts. 911 a 913 do CPC, dispondo acerca das execuções de alimentos de títulos extrajudiciais.

No entanto, o rito da execução de título extrajudicial de obrigação de prestar alimentos é bem parecido com o judicial, até com um grande diálogo entre ambos, contudo, claramente, há uma disposição de que há o cabimento de ambas as execuções e de que nenhuma delas ficará restrita ao rito comum de execução para pagamento de quantia certa, sempre sendo possível optar pelo rito especial de alimentos, seja o de título judicial, seja o de título extrajudicial.

Na execução de título executivo extrajudicial em que se tenha uma obrigação alimentar, serão aplicados os arts. 911 a 913 do CPC, e, ainda, promove-se um diálogo com o rito do art. 528 e seguintes do CPC, inerentes ao título judicial de alimentos.

Mas, evidentemente, existirão diferenças, como, nesse procedimento, não ser possível utilizar a medida executiva do protesto judicial.

Um exemplo de título executivo extrajudicial que tem como base o previsto no art. 911 do CPC e seguintes são os alimentos devidos a idosos, conforme previsto no art. 13 do Estatuto do Idoso, a chamada Lei no. 10.741/2003. Nos ensinamentos de Medina¹³,

Assim, por exemplo, o art. 13 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) dispõe que “as transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil”.

13 MEDINA, José MiguelGarcia. Novo código de processo civil comentado. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Admite-se, no caso, que a execução se processe em observância ao que dispõem os arts. 911 a 913 do CPC/2015.

Nesse procedimento, a citação do executado será para que pague, para que comprove que já efetuou o pagamento ou justifique sua impossibilidade acerca das parcelas antecedentes ao início da execução, bem como das que vencerem no curso do processo.

No rol do art. 784, IV, do CPC, tem-se como título executivo extrajudicial a transação realizada perante o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e os advogados particulares das partes.

Espragiario e Shikicima¹⁴ explicam que, em caso de descumprimento da transação pelo alimentante, o alimentado poderá entrar com a execução de título extrajudicial de alimentos. Não seria uma decisão de alimentos a ser executada para o seu cumprimento, mas um título extrajudicial, nos termos do artigo e inciso anteriormente citados, que foi descumprido.

Importa destacar que, com a entrada em vigor do CPC/2015, passou-se a admitir a prisão do devedor em títulos extrajudiciais; entretanto, durante a vigência do CPC/73, o posicionamento do STJ¹⁵ era a não admissibilidade da prisão do devedor nos títulos extrajudiciais com base no art. 733.

Logo, com o advento do CPC/2015, o art. 911, parágrafo único, traz de forma expressa a possibilidade da aplicação do rito do cumprimento de sentença que reconheça a obrigação de prestar alimentos e, dentro desse rito, a prisão do devedor. Segundo Tartuce¹⁶,

Assim, todo o regramento clássico da execução de alimentos (identificada pela incidência do art. 733 do CPC/1973 e do art. 528 do CPC/2015) poderá ser aplicado para a observância das

14 ESPRAGIARIO, Marcia Elisabeth Gabriel; SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Do Cumprimento de sentença na ação de alimentos. Jus, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56244/do-cumprimento-de-sentenca-na-acao-de-alimentos>. Acesso em 01 de julho de 2021.

15 STJ. 4ª T., REsp 769.334-SC, Rel.Min. Jorge Scartezzini, recurso não conhecido. j. 07.12.2006, DJe em 05.02.2007.

16 TARTUCE, Fernanda. Comentário ao art. 911. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTE, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2019. p. 1.477.

obrigações alimentícias reconhecidas em títulos executivos extrajudiciais.

Com isso, as dúvidas que existiam acerca das execuções alimentícias sobre qual o procedimento adequado a ser utilizado não restaram mais com a vigência do CPC/2015, visto que, no extrajudicial, poderá ser utilizado um grande diálogo com o rito previsto no art. 528 do CPC/2015, bem como ambos os casos ocorrem por quantia certa, porém atendendo a suas peculiaridades.

2. OS MEIOS PROCEDIMENTAIS DE EXECUÇÃO DO TÍTULO DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

O CPC/73 facultava ao alimentando/exequente escolher dentre as duas possíveis formas, ou seja, os dois ritos, para que houvesse o cumprimento da prestação alimentícia.

O cumprimento de sentença de alimentos poderia ser pelo rito normal do antigo art. 475-J ou pelos arts. 732 e seguintes, todos do ordenamento revogado, sem a possibilidade de cumulação dos dois ritos nos mesmos autos. Logo, quando se escolhia o primeiro rito citado, o procedimento seria o mesmo do previsto para o cumprimento de sentença por quantia certa.

Caso optasse pelo rito previsto no art. 732 do CPC/73, ocorreria a citação do executado para o pagamento em 3 (três) dias, para provar que o pagamento tinha sido feito ou para apresentar a justificativa que tivesse impossibilitado o pagamento, sob pena de prisão civil.

Essa era a diferença entre as possibilidades de rito para o cumprimento de sentença de prestação de alimentos no ordenamento revogado.

Com a entrada em vigor do CPC/2015, quando condenado à obrigação de prestar alimentos, igualmente havia no ordenamento passado 2 (dois) ritos à disposição: (i) um específico e especial sobre a prestação de alimentos, conforme o art. 528 do CPC, com a limitação para as 3 (três) últimas parcelas em aberto; e (ii) o comum,

com previsão no art. 523 do CPC, tanto para as parcelas acima da terceira vencida quanto para qualquer um, se for a opção do exequente.

O primeiro rito detém toda uma especialidade em medidas típicas de execução, o outro, comum, é voltado à medidas expropriatórias.

Fora isso, ainda há a execução de título executivo extrajudicial de alimentos, prevista nos arts. 911 a 913 do CPC, porém com um grande diálogo com as regras ditadas pelo rito do cumprimento de sentença do art. 528 do CPC, inclusive sobre a medida extrema da prisão civil.

2.1. O rito especial

O rito especial é aquele realmente voltado e imaginado pelo legislador para se adequar ao título de prestação alimentícia, com todas as adaptações para a efetividade deste. Logo, “será adequado, tanto no caso de alimentos definitivos, como na hipótese de se pretender executar alimentos provisórios (artigo 531)¹⁷.”

Com disposições legais no art. 528 e seguintes do CPC, as alterações sobre o rito do ordenamento revogado foram mais em termos de disposição, clareza e de uma melhor redação da própria existência do procedimento especial, bem como da interligação com o próprio cumprimento de sentença em si.

De maneira geral, as alterações foram para estabelecer melhor os critérios de utilização, o próprio rito procedimental, suas possibilidades e, ainda, fortalecer mais o exequente, ao ter um crédito alimentício através de uma sentença ou decisão interlocutória.

Importa destacar que somente pode ser utilizado esse rito quando a inadimplência do executado for ao importe de até 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução. Havendo mais de 3 (três) parcelas vencidas, o exequente poderá optar pelo rito comum da totalidade das parcelas vencidas ou pela bipartição de execuções.

Se a opção for pela bipartição, serão duas execuções. Em uma ocorrerá a cobrança de uma ou mais parcelas, pelo art. 523 do CPC, ou seja, pelo rito comum, e as 3 (três) restantes, pelo rito especial. Não é uma cumulação de ritos, mas uma

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

autêntica bipartição em dois processos¹⁸; no entanto, há quem defenda que se possa executar somente um cumprimento de sentença com uma cumulação de pedidos e ritos diversos¹⁹.

Contudo, não é necessário que sejam 3 (três) parcelas vencidas, sendo requisito desse rito que sejam até 3 (três) parcelas, desde que não ultrapassadas tais quantidades, conforme disposto no §7º do artigo 528 do CPC. Nas explicações de Espragiaro e Shikicima²⁰:

A soma das três prestações que antecedem o ajuizamento da execução são as três parcelas com exclusão do mês do ajuizamento, tendo em vista que, até que aquele mês do ajuizamento não termine, não se pode cobrar, presumindo-se que haverá o pagamento.

Essa melhoria procedimental começa pela própria disposição ser interna aos próprios autos em que foram fixados os alimentos no processo de conhecimento, com o devedor sendo intimado pessoalmente, em vez de na pessoa de seu procurador (advogado), a requerimento do credor, para que, dentro do prazo de 3 (três) dias, venha a pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento. Ressalte-se que esse prazo é contado em dias úteis²¹.

Logo, percebe-se que, para o início do cumprimento da sentença, é necessário que haja uma manifestação do credor. Câmara²² explica essa disposição, trazendo ainda outras hipóteses que podem ser cogitadas pelo credor:

18 Essa é a leitura possível nos ditames do art. 780. O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.

19 Sobre o assunto: <https://ibdfam.org.br/noticias/6781/TJAM+uniformiza+a+cumula%C3%A7%C3%A3o+de+pedidos+de+expropria%C3%A7%C3%A3o+e+pris%C3%A3o+no+cumprimento+de+senten%C3%A7a+para+cobran%C3%A7a+de+pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia>

20 ESPRAGIARIO, Marcia Elisabeth Gabriel; SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Do Cumprimento de sentença na ação de alimentos. Jus, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56244/do-cumprimento-de-sentenca-na-acao-de-alimentrtos>. Acesso em 01 de julho de 2021.

21 Enunciado nº. 146 da II Jornada de DPC-CJF: “O prazo de 03 (três) dias previsto pelo art. 528 do CPC conta-se em dias úteis e na forma dos incisos do art. 231 do CPC, não se aplicando seu §3º”.

22 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

O procedimento executivo destinado ao cumprimento de decisão que reconhece obrigação de prestar alimentos, como em qualquer outro caso de obrigações pecuniárias, só pode ter início por requerimento do credor (art. 528), o qual deverá ser dirigido ao juízo competente. Aqui, além das hipóteses previstas no art. 516, *caput* e parágrafo único, também pode o credor optar por promover o cumprimento da decisão no juízo de seu próprio domicílio (art. 528, § 9º).

Corrêa enfatiza que o procedimento não é de cumprimento de sentença só, mas de decisão, tanto de interlocutória, como de sentença ou acórdão:

Salienta-se que, apesar de a lei mencionar cumprimento de “sentença”, o *caput* do presente dispositivo deixa claro que é possível a adoção do procedimento em questão quando existir sentença ou decisão interlocutória determinando o pagamento da verba alimentar. Além disso, não há razões para excluir a possibilidade do procedimento em questão também em caso de acórdão que determine o cumprimento da obrigação alimentar²³.

Sobre as alternativas de manifestação do réu, o pagamento é o meio que extinguiria a própria execução, o que é o mais almejado, contudo é possível que haja a apresentação de justificativa de impossibilidade de pagamento. Todavia, essa justificativa pelo executado precisa ser absoluta, descrevendo o fato que gerou essa impossibilidade, ficando isentado da impugnação ao cumprimento de sentença, uma vez que funciona com a própria defesa do executado.

Ressalva-se que essa impossibilidade deve ser temporária, e, para que o executado seja exonerado do pagamento da obrigação alimentar ou para que tenha uma modificação permanente no *quantum* da obrigação, deve-se utilizar a via da ação própria, sendo a ação de exoneração ou de revisão de alimentos, como explica

23 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentário aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015. p. 878.

Corrêa²⁴, um assunto já enfrentado pelo STJ²⁵. A impossibilidade é de arcar com aqueles valores naquele momento, sem extinguir a dívida ou a execução.

Uma vez apresentada a justificativa, o processo deve ir ao juízo para análise, com a possibilidade decisória do aceite da justificativa ou da negativa. Caso não seja aceita, o juiz levará a protesto o pronunciamento judicial e decretará a prisão civil.

Segundo Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira²⁶, essa prisão não é uma medida coercitiva, porém busca a finalidade do cumprimento da obrigação, sendo cabível ser decretada apenas se o exequente optar por esse rito, bem como é um meio cabível apenas para os alimentos legítimos ou convencionais.

O art. 532 do CPC traz a previsão a respeito do crime de abandono material, também tipificado no art. 244 do Código Penal (CP). Esse crime refere-se ao abandono familiar.

Durante o procedimento da ação de família, percebendo o juízo que o executado esteja praticando condutas que retardem a execução, por exemplo, deixando de cumprir as obrigações sem justa causa e de forma dolosa, ocultando bens, entre outros, deverá dar ciência ao *parquet* acerca dessas condutas como crime de abandono material.

Todavia, é importante abordar que, se a justificativa do executado sobre a impossibilidade do cumprimento da execução após sua intimação, dentro do prazo do art. 528 do CPC, for aceita, não poderá ser aplicado o referido crime, pois “*ad impossibilie nemo tenetur*”, o que significa que ninguém é obrigado a fazer o impossível. Segundo Assis²⁷,

O art. 532 propõe-se a encerrar toda uma era de alegre irresponsabilidade, recolhendo o órgão judiciário competente

24 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentário aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015. p. 878.

25 “[...] Na execução de alimentos, não cabe ao devedor alegar em sua defesa a existência de causa exoneratória da obrigação alimentar. Matéria a ser discutida em ação própria [...]” (STJ, 3ª T., HC nº 242654/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, unânime, j. em 5/3/2013, DJE de 26/3/2013).”

26 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 9ª. ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p. 743-744.

27 ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 8ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

para a execução civil os indícios da prática do crime de abandono material e remetendo peças ao Ministério Público, órgão encarregado da persecução penal.

Outras medidas típicas poderão ser adotadas, as quais serão delineadas em momento próprio e, ainda, demonstrarão a evolução do rito no atual ordenamento.

Dentro ainda do rito especial, disposto no art. 533 do CPC, tem-se a execução quando o título judicial transitado em julgado reconhece a prestação alimentícia por ato ilícito: são os chamados alimentos indenizatórios. Indenização essa que também é prevista no CC/2002, nos arts. 948 até 951.

Esse reconhecimento de alimentos ocorre quando, por exemplo, o credor sofre algum acidente causado por outrem e fica impossibilitado de trabalhar para garantir seu sustento ou até mesmo em casos de homicídio, em que a vítima era a única pessoa que sustentava sua família.

A modalidade de execução prevista no referido artigo serve apenas para esta modalidade de alimentos, os indenizatórios. É o que explica Abelha quando dispõe que “não se aplica a qualquer outra modalidade de alimentos, ou seja, seu vínculo é indenizatório, que, regra geral, deverá ser lastreada em títulos executivos judiciais²⁸”.

Durante a vigência do CPC/73, o art. 475-Q já trazia a previsão de indenização por ato ilícito e respectivo reconhecimento de prestação alimentícia, contudo, com o advento do CPC/2015, houve um aprimoramento desse dispositivo, alterando o que poderia ser ordenado pelo juiz, para que haja, a requerimento do credor, a constituição de capital para rendimento até a perduração da indenização.

Tal constituição serve para que o cumprimento da sentença por obrigação alimentar indenizatória não esteja em risco. Sobre tal ponto, ensina Donizetti²⁹:

Esclarece-se que a constituição de capital, que no CPC/1973 soava como faculdade do juiz, no CPC/2015 passa a ser obrigatória, desde que (i) haja requerimento do exequente e (ii) o executado apresente bens (imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras), próprios ou de terceiro, destinados à geração de renda para o pagamento da prestação.

28 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

29 DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 699.

A novidade, no art. 533, §1º, do CPC, está no patrimônio de afetação, pois os capitais constituídos, além de se tornarem inalienáveis e impenhoráveis para outros credores, constituirão patrimônio. Entende-se por patrimônio de afetação a destinação, seja ela total ou parcial, de um patrimônio. Continua a possibilidade da constituição do capital ser substituída, podendo o exequente ser incluído na folha de pagamento do executado, seja por fiança bancária ou garantia real, bem como o valor, que deve ser arbitrado pelo juiz na determinação de inclusão, conforme previsão legal do art. 533, §2º, do CPC/15.

Essa inclusão em folha não é a mesma prevista no art. 529 do CPC, quando se refere ao desconto em folha. Esse é o débito que acontecerá no salário do executado, no ato do pagamento do salário; por exemplo, quando ocorrer pagamento dos funcionários de uma empresa, o valor da execução estará junto.

O CPC/2015 prevê que as prestações possam ser fixadas tendo como base o valor do salário-mínimo. No entanto, durante os pagamentos das pensões mensais, pode ser que aconteça de o credor necessitar mais ainda, bem como poderá acontecer de o executado não possuir as mesmas condições econômicas. Nesse caso, as partes deverão requerer a modificação do valor, uma revisão, seja para aumentar ou para diminuir, a depender da parte que requereu.

O que fica caracterizado nesse rito é a impossibilidade da prisão civil.

Quando se trata de cumprimento de sentença de prestação alimentícia por ato ilícito, muito se discute sobre a possibilidade da prisão. O posicionamento do STJ³⁰, durante a vigência do CPC/73, é que não era possível. Com a entrada em vigor do CPC/2015, tribunais, como o do Rio Grande do Sul³¹, continuaram com o entendimento de que não é possível a prisão nesses casos. Observe-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALIMENTOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. Cediço que a prisão civil por inadimplemento de verba alimentar somente é admitida nas relações jurídicas decorrentes do direito de família. Hipótese

30 STJ, 4ª T., HC nº182228/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, j. em 1º/3/2011, DJe de 11/3/2011.

31 TJ-RS - AI: 70076663269 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 26/04/2018, 10ª. Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2018.

em que o cumprimento de sentença é decorrente de dívida alimentar de caráter indenizatório, oriunda de ato ilícito, motivo pelo qual não pode seguir o rito da coerção pessoal. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70076663269, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 26/04/2018).

Abelha³² trata desse assunto em sua doutrina da seguinte maneira

O débito alimentar decorrente de ato ilícito guarda diferenças com os alimentos devidos pelo vínculo familiar. Assim, por exemplo, “segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito” (HC 182.228/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 01.03.2011, *DJe* 11.03.2011).

Note-se que é pagamento de alimentos de caráter indenizatório e não poderá haver uma confusão com a pensão por morte, não havendo impedimento de que sejam cumulados o recebimento dos alimentos por ato ilícito e o benefício previdenciário citado.

Findada a obrigação de prestar alimentos por ato ilícito, os requerimentos feitos para a constituição do capital deverão ser liberados, tornando-se os bens disponíveis, bem como fazendo-se a exclusão do credor da folha de pagamento ou, se houver as garantias, estas deverão ser canceladas.

Insta destacar que, por serem alimentos indenizatórios, não existe a possibilidade de que haja uma revisão, ainda que as condições financeiras do alimentante ou do alimentado melhorem.

32 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 478.

2.2. O rito comum

O CPC deixou mais clara a opção do exequente de alimento pelo rito comum, previsto no art. 523 do CPC e seguintes, onde se trata do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.

Esse rito é atrelado a qualquer decisão que contiver uma obrigação de pagar quantia, que deve ser intentada, tal qual o rito especial, perante o juízo que deu a prolação da decisão ou a sentença de 1º grau, conforme prevê o art. 516, II, do CPC. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo traz uma exceção, permitindo que o exequente opte por qual juízo quer que ocorra o cumprimento da sentença, os chamados foros subsidiários. Esses foros podem ser onde se encontra domiciliado atualmente o executado, o domicílio do exequente ou ainda o foro em que estejam bens do executado.

Esse é o rito utilizado para qualquer outro título judicial em que o exequente esteja em busca da quantia certa. Donizetti explica que, “no caso do devedor que tem bens aptos a responder pela dívida, o exequente poderá promover o cumprimento da sentença na forma dos arts. 523 e seguintes do CPC/2015³³”. Já segundo Abelha³⁴:

Tratando-se de cumprimento definitivo de sentença para pagamento de quantia fundada em título judicial, não há necessidade de processo autônomo, porque a execução é apenas um módulo ou uma fase da mesma relação jurídica processual, sendo, pois, desnecessária a *citação* do executado. Por isso, para integrar a nova fase – agora executiva – desse mesmo e único processo, o art. 513 prescreve apenas que haverá o requerimento do exequente para dar início ao cumprimento de sentença.

Diferente do rito especial, a intimação será através do advogado do executado, com o pagamento da dívida dentro do prazo de 15 (quinze) dias; dentro desse prazo, não haverá a prática de atos expropriatórios, pelo fato de a execução não se ter iniciado. Contudo, para que haja essa intimação, o exequente deve requerer ao juiz, nos moldes da petição do art. 524 do CPC, e esse requerimento pressupõe que o título já esteja liquidado ou algum valor incontroverso.

33 DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 694.

34 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Logo, significa dizer que existe um título executivo líquido, certo e exigível.

Decorrido esse prazo, não havendo o pagamento voluntário, haverá um acréscimo de 10% (dez por cento) referente à multa e outros 10% (dez por cento) em relação a honorários advocatícios. Essa multa tem um caráter coercitivo. Essa porcentagem incidirá sobre o valor integral da dívida e apenas sobre ele. Havendo o pagamento, esses mesmos 10% referentes aos honorários incidirão sobre o restante do valor não adimplido.

Com o não pagamento no prazo, a requerimento do exequente, o juízo poderá utilizar de meios expropriatórios, ou seja, meios que forcem o devedor a cumprir com a obrigação imposta a ele, sendo expedido inclusive mandado de penhora e avaliação.

Como bem dispõe o art. 524, IV, do CPC, o exequente deverá indicar os bens do executado que são passíveis de penhora. Optando por esse rito, não é admissível que o executado seja preso e a fundamentação para isso encontra-se no art. 528, §8º, do CPC.

3. AS MEDIDAS EXECUTIVAS NAS EXECUÇÕES DO TÍTULO DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Como visto, em qualquer que seja o rito escolhido pelo exequente do título alimentício, há um prazo para o devedor cumprir espontaneamente o pagamento da obrigação, mesmo que sejam prazos diversos – 3 (três) dias no rito especial e 15 (quinze) dias no rito comum.

Sendo a obrigação cumprida dentro do prazo, o juiz proferirá a sentença de extinção do processo de execução. Caso não venha a ser cumprida a obrigação, não havendo comprovação de que pagou e nem porque não o fez, o juízo prossegue com o processo de execução, utilizando-se de meios executivos para tanto, porém cada rito dialoga com diferentes meios típicos.

Para que sejam utilizados esses meios executivos, para os quais não há uma ordem legal de preferência, é necessário observar qual o rito escolhido entre o comum e o especial.

3.1. A prisão civil como base da execução do título de obrigação de prestar alimentos diante da urgência

Se o alimentando optou pelo rito especial, este transcorrerá conforme previsto nos arts. 528 a 533, todos do CPC, com a possibilidade de requerimento de prisão civil do alimentante.

Por se tratar de um crédito alimentar de caráter de urgência, na maioria das vezes, percebe-se que o rito especial, por ter a possibilidade da prisão civil do devedor como meio coercitivo, causa uma maior efetividade, com uma satisfação mais célere e rápida, e o cumprimento, de certa maneira, da sua própria intenção.

Havendo inadimplemento voluntário e escusável do devedor, o juízo poderá decretar a prisão civil pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses, tendo como fundamentação legal a CF, art. 5º, LXVII, c/c art. 528, § 3º, do CPC. Segundo Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira³⁵:

A prisão deve ser determinada quando não efetuado o pagamento dos alimentos ou quando não apresentada ou não aceita sua justificação (art. 528, §3º, CPC). Não importa qual o tipo de alimentos. Sejam definitivos ou provisórios, não pagos os alimentos ou não apresentada ou não aceita sua justificação, deverá ser determinada prisão civil do devedor, com a finalidade de tentar forçar o cumprimento da obrigação.

Deve-se atentar para o fato de que a decretação da prisão civil deve ser antecipada do total e pleno pelo executado (alimentando) do conhecimento da decisão para que seja cumprida a obrigação, com a opção de quitação da dívida ou a apresentação de justificativa.

Se a dívida é quitada, evidentemente não há possibilidade de prisão. Se a justificativa for apresentada, como deve ser analisada pelo juízo, igualmente não será possível a prisão, ainda. No entanto, se o executado não quitar nem se justificar, a prisão já poderá ser decretada.

35 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 9ª. ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p. 743.

De outro modo ocorre se o executado apresentou justificativa e, depois da análise judicante, a decisão for para rejeitar tal justificativa, com a necessidade de que o juízo renove o prazo de 3 (três) dias para tal cumprimento e, assim, sem possibilidade de qualquer outra justificativa, seja preso o devedor pela ordem decretada. Quanto a tal entendimento, Breitenbach e Menezes explicam que “decorre de interpretação direta da cláusula geral da não-surpresa, se encontra positivada do âmbito das ‘normas fundamentais do processo civil’, positivadas nos artigos inaugurais do CPC/2015³⁶.”

Essa prisão não impede o prosseguimento dos outros meios executivos e não poderá ser decretada de ofício. Trata-se de um meio executivo coercitivo, permitido somente no rito especial da execução alimentícia. Logo, não é a última *ratio*, ou seja, não é necessário que todos os meios executivos sejam esgotados para ser requerida pelo credor a prisão do devedor. Veja-se o que diz Gonçalves, citado por Conâco³⁷:

Importante destacar que não há uma ordem a ser seguida entre os procedimentos, isto é, “o credor não é obrigado a recorrer antes à execução de bens do patrimônio do devedor para, somente depois de frustrada essa modalidade de cobrança, requerer a sua prisão.

Como anteriormente exposto, a prisão civil é um meio executivo coercitivo com o objetivo de pressionar o devedor para efetuar o pagamento. Aponta Abelha³⁸:

Tal instituto não tem por escopo punir o devedor por aquilo que teria feito ou deixado de fazer, mas, bem pelo contrário, possui a finalidade distante da mencionada: decreta-se a prisão civil do devedor com o intuito de pressioná-lo a pagar, isto é, adimplir a

36 BREITENBACH, Fábio Gabriel Breitenbach; MENEZES, Iure Pedroza. Comentários aos arts. 528 e 529. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. São Paulo: Lualri, 2017. p. 343.

37 CONÂCO, Taline. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 738. A prisão civil por débito alimentar no Código de Processo Civil de 2015: uma análise acerca da (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54027/a-priso-civil-por-dbito-alimentar-no-codigo-de-processo-civil-de-2015-uma-anlise-acerca-da-im-possibilidade-de-priso-civil-do-devedor-de-alimentos-indenizatrios>. Acesso em 01 de julho de 2021.

38 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 485.

prestação alimentícia. Dessa forma, apesar de a lei processual se referir à pena, não deve ser assim considerado.

Inicialmente, a prisão será cumprida em regime fechado, ficando o preso separado dos presos comuns e, conforme o art. 528, §5º, do CPC, nada o impedirá de pagar as parcelas que venham a vencer, pois sua prisão teria sido decretada pelas até 3 (três) parcelas não pagas anteriormente ao ajuizamento da execução. Segundo Donizetti, “não havia essa limitação expressa no CPC/1973, mas o entendimento que prevalecia já era este, em virtude da Súmula nº. 309 do STJ³⁹”.

Com isso, o CPC acolheu a Súmula nº. 309 do STJ, com a abrangência de que as parcelas acima do terceiro mês vencido não podem seguir por esse rito e culminar em prisão. Logo, a prisão civil está interligada à urgência dos próprios alimentos, e o que ultrapassou esse prazo, teoricamente, não é mais urgente e seguirá, automaticamente, o rito comum do art. 523 do CPC.

Sobre a separação dos presos, Corrêa⁴⁰ traz uma colocação bem importante ao fazer o comentário acerca do art. 528 do CPC e sobre a prisão civil do devedor de alimentos:

A discriminação aqui é acertada. Há evidente desigualdade entre o preso condenado criminalmente que cumpre pena e busca a ressocialização e aquele preso que apenas descumpriu a obrigação alimentar e que não cumpre pena, mas apenas sofre a restrição à liberdade como forma de coerção e incentivo ao cumprimento da prestação alimentar.

Em relação à possibilidade de o regime ser semiaberto, Breitenbach e Menezes⁴¹ explicam o seguinte:

39 DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 693.

40 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentários aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015. p. 909.

41 BREITENBACH, Fábio Gabriel Breitenbach; MENEZES, Iure Pedroza. Comentários aos arts. 528 e 529. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. São Paulo: Lualri, 2017. p. 343.

Debateu-se, durante a tramitação legislativa do Código, sobre a possibilidade do regime parcial (semiaberto), a fim de que o devedor pudesse desenvolver suas atividades durante o seu horário de trabalho. Contudo, a proposta legislativa vencedora foi a da prisão em tempo integral. Logicamente, por não se tratar de prisão de índole criminal, o executado cumprirá a sanção separadamente dos presos comuns.

Essa medida é uma coerção indireta e o preso só será posto em liberdade de imediato caso venha a pagar o valor devido, tanto relativo aos meses que ensejaram a prisão quanto àqueles que vencerem durante o seu confinamento. Não cumprindo o pagamento, o preso assim continuará até o prazo máximo decretado.

Observa-se que essa medida é um meio para que o exequente venha a receber de um modo mais célere o valor que lhe é devido, pois a revogação da prisão só ocorrerá mediante o pagamento integral do valor devido até aquele momento.

A competência para decretação da prisão do devedor dar-se-á perante o juízo em que está tramitando a ação. Nesse sentido, preconiza Abelha: “é competente para decretar a prisão o juízo em que se processa a tutela satisfativa dos alimentos, pois se trata de medida executiva coercitiva no curso do procedimento executivo ou de cumprimento de sentença⁴²”.

Sendo o devedor preso e efetuando o respectivo pagamento para ser posto em liberdade, significa dizer que houve a extinção do débito que realizou o pagamento, mas tal situação não tem efeito para o futuro, com a possibilidade de reiteração caso haja novamente o descumprimento, o que ensejará a necessidade de um novo pedido pelo alimentando, tanto da execução em si quanto de novamente requerer a prisão civil, agora por outros meses vencidos.

Convém destacar que o prazo da prisão foi um ponto de grande discussão durante a vigência do CPC/73, tendo em vista que a Lei de Alimentos também possui um prazo acerca da prisão do alimentante. Corrêa⁴³ explica essa situação da seguinte maneira:

42 ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 486.

43 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentários aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015. p. 910.

Alguns entendiam que, em homenagem ao princípio da menor onerosidade do devedor, deveria ser aplicado o menor prazo para a prisão civil, ou seja, no limite de 60 dias. Porém, o CPC/2015, ao fixar o prazo máximo de três meses, desconsiderou este entendimento, ou seja, agora então, ao menos em princípio, aplica-se o prazo máximo de três meses para a prisão, ignorando-se a disposição da Lei de Alimentos.

Diante disso, é importante indagar: “se o executado fica o tempo máximo preso e não paga a dívida, o que acontece?” A resposta é que será posto em liberdade, e a dívida continuará existindo e será transformada em quantia certa, procedendo-se, assim, à execução da dívida pelo rito do art. 523 do CP.

3.2. Os meios executivos alternativos à prisão

A execução pode ser dividida em execução direta, sub-rogação ou execução forçada e indireta, ou coação.

A execução direta é aquela em que se utilizam os meios físicos e morais do devedor, para que venha a pagar o que deve. Diante disso, a prisão é um exemplo de execução indireta.

Segundo Theodoro Jr., “se apresentam como instrumentos intimidativos, de força indireta no esforço de obter o respeito às normas jurídicas. Não são medidas próprias do processo de execução, a não ser em feitiço acessório ou secundário⁴⁴”. A prisão detém serventia para ameaçar, para induzir ao pagamento, para que o executado realize tal desiderato. O intuito continua sendo o pagamento, a satisfação específica, contudo este se interessa em arcar com a dívida, dada a coação.

Além da prisão civil, o CPC prevê outros 3 (três) meios executivos dentro do rito especial do art. 528, sendo estes: (i) o desconto em folha; (ii) a expropriação em diferentes maneiras; e (iii) o protesto do pronunciamento judicial.

44 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. II, 40ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 6.

3.2.1. Desconto em folha

O desconto em folha refere-se ao desconto previsto no salário do executado (caso ele seja funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa); ele é visto como uma vantagem para o exequente em razão de não haver necessidade da espera da alienação de um bem e após as hastas públicas.

Esse meio é executivo e está aliado a dois princípios, o princípio da efetividade e o princípio da menor onerosidade do devedor. Vale ressaltar que é uma exceção legal, pois, de maneira geral, o salário é impenhorável, conforme previsto no art. 833, IV, do CPC, porém o fato de a prestação ser alimentícia quebra essa regra, dada a própria natureza da obrigação.

Esse valor a ser descontado não poderá passar de 50% do líquido salarial. Conforme Corrêa⁴⁵,

A efetividade é evidente, já que, com o desconto em folha, o alimentando (credor) recebe mensalmente a quantia sem a necessidade de a cada mês buscar patrimônio do devedor. Além disso, impede qualquer tentativa de esquiva por parte do devedor, como, por exemplo, gastos excessivos no mês, greve em bancos, problemas na transferência de valores, etc. Já com relação à menor onerosidade, esta também aparece respeitada, uma vez que não priva o devedor de sua liberdade, fazendo com que este continue desenvolvendo normalmente suas atividades, situação inversa à verificada quando do uso da prisão civil.

Ocorrendo essa hipótese de medida executiva, o juízo remete à autoridade, à empresa ou ao empregador um ofício que determina o desconto a partir da primeira remuneração, a contar do protocolo do ofício, que, se descumprido, será considerado como crime de desobediência. Esse ofício conterá os nomes e números de CPF do exequente e do executado, o valor ou a porcentagem a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta para o depósito do respectivo valor.

45 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentários aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015. p. 881.

Havendo frustração no desconto em folha, ocorrerá a penhora de bens do executado, devendo ser observado o previsto no artigo 831 do CPC/2015, diante do que determina o artigo 530 do CPC/2015.

Os alimentos pretéritos também poderão entrar no desconto em folha, devendo atentar-se ao limite de 50%.

Acerca dessa possibilidade de execução, evidencia Câmara⁴⁶ em sua doutrina:

Este sistema de execução por desconto em folha, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, poderá ser usado também para a satisfação do crédito referente às prestações já vencidas, descontando-se dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, o necessário para a realização do crédito exequendo, assegurando-se, porém, que a soma dos descontos (referentes ao pagamento da parcela vincenda e à amortização da dívida relativa às parcelas vencidas) não ultrapasse cinquenta por cento dos ganhos líquidos do executado (art.529, § 3o).

O descumprimento da ordem do desconto em folha pelo terceiro, ou seja, pelo empregador, segundo Donizetti⁴⁷, leva à tipificação do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, bem como no art. 22, parágrafo único da Lei de Alimentos (Lei nº. 5.478/1968).

Corrêa⁴⁸ dispõe que qualquer que seja o “rendimento periódico do devedor”, poderá também servir como base para o desconto em folha, citando ainda como exemplos os aluguéis e aplicações financeiras.

No entanto, é pertinente salientar que esse desconto em folha deve ser realizado de duas maneiras. Caso os alimentos não sejam naturalmente já descontados, uma vez que foram vencidos, o juízo determina que os valores vincendos passem a ser descontados em folha, o que não é uma medida executiva, pelo fato de que somente insere o que anteriormente já deveria ter sido feito na sentença.

46 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

47 DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 695.

48 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentários aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015. p. 912.

Além do estabelecimento dos alimentos em folha, o que estiver em aberto e que ensejou o processo (uma quantidade X de meses em aberto) será parcelado e descontado em folha.

Logo, é possível que o juízo determine que os alimentos vincendos voltem a ser descontados e, acima destes, um percentual para quitar o que estiver em aberto.

3.2.2. Possibilidade de penhora salarial

Diferente do desconto em folha, tem-se a penhora do salário, outra exceção prevista no art. 833, §2º, do CPC.

Essa penhora ocorre por meio de uma determinação do juízo, que autoriza a inclusão do devedor no sistema Sisbajud, com o CPF deste bloqueado em todas as suas contas e ainda os ativos financeiros em instituições bancárias, ainda que seja na sua conta-salário, podendo até ser no seu salário, uma vez que a execução será de prestação alimentícia.

Tal entendimento encontra-se enfrentado pelo STJ através do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (AgInt no AREsp) nº 1209653⁴⁹, entendimento esse firmado desde o CPC/73:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PENHORA. VERBA ALIMENTAR. EXCEÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. “A jurisprudência desta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que o caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 649 do CPC de 1973 (atual art. 833, § 2º, do CPC de 2015), quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias” (AgInt no AREsp 1.107.619/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017). 2. Agravo interno a que se nega provimento. A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo

49 STJ, 4ª T. AgInt no AREsp 1209653-SP 2017/0303369-5, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira (1146), j. 21/08/2018, DJe 28/08/2018.

interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. (STJ - AgInt no AREsp 1209653 / SP 2017/0303369-5, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA (1146), Data do Julgamento: 21/08/2018, T4 – 4ª. TURMA).

Se a prisão não for efetiva ou se a parte não quiser intentar a prisão, sem requerê-la, pode optar pelo desconto em folha, se for possível, pela sua reimplementação ou pelo bloqueio de valores em conta, inclusive com impacto no salário.

Quando for penhorado o salário, a ressalva que a jurisprudência indica é que não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do valor recebido naquele mês.

3.2.3. Penhora dos bens

A execução alimentícia por expropriação é a conjunção dessa maneira com a execução de rito normal. A expropriação consiste justamente em retirar do patrimônio do executado determinado bem (ou valor) e trazê-lo ao processo, com o seu início via penhora.

A execução por expropriação pode ocorrer quando o exequente opta por seguir o rito do cumprimento definitivo de sentença por pagamento de quantia certa, o rito comum, aquele em que não se admite a prisão do devedor, ou, de maneira posterior, no rito especial, quando não for possível outros meios mais eficazes, quando observado que os meios anteriores – prisão e desconto em folha – não forem suficientes ou efetivos.

Logo, é possível a interligação da execução de alimentos e da expropriação nos dois ritos; no entanto, na segunda hipótese, quando se esgotam as medidas especiais do rito do art. 528 do CPC, há, de certa maneira, uma conversão ao rito do art. 523 do CPC e a busca pelos bens. A indagação pertinente é se o exequente tem o direito, nesse momento, à multa e a honorários advocatícios, como disposto no rito do art. 523 do CPC.

Esse ponto é bem interessante e a resposta deve ser positiva, com a necessidade de que seja intimado para o pagamento em 15 (quinze) dias e para a conversão

do rito, agora sob pena de multa e honorários advocatícios. Dessa maneira, com o inadimplemento, converte-se o rito que iniciou como especial em comum e possibilita-se a expropriação como meio de satisfação da dívida alimentícia.

A expropriação tem como característica a transferência de bens ou valores do patrimônio do executado para o processo, posteriormente, a sua alienação, e, assim, o pagamento para o exequente. Obviamente que essa transferência será nos limites do crédito exequendo. O CPC dispõe, do art. 876 ao art. 880, quanto aos meios de expropriação, sendo eles a adjudicação, a alienação por iniciativa particular e a alienação por leilão.

Adjudicar é o ato de o exequente ficar com o bem penhorado pelo valor da avaliação, abatendo-se a dívida, ou de um terceiro que detenha preferência sobre o bem em pagar o valor da avaliação.

Alienação, por sua vez, refere-se à venda do bem. Caso o exequente não queira adjudicar, parte-se para a alienação, podendo ser de duas formas: particular ou leilão. Essa é a iniciativa de vender o bem penhorado para um terceiro desconhecido, podendo ser por iniciativa do exequente ou por um leiloeiro nomeado pelo juízo para que seja realizado o ato de leilão.

A alienação particular se refere ao exequente tentar vender o bem penhorado por conta própria. Logo, terá que ter uma autorização judicial para que se realize tal ato. Há ainda a necessidade de ser feita a tentativa da venda por iniciativa particular por um corretor nomeado; se for o caso, terá que ser um vinculado ao tribunal.

Já a alienação por leilão ocorre quando o juízo nomeia um leiloeiro, o qual será o responsável pelos atos expropriatórios e preparatórios do leilão, e, caso o bem seja arrematado, o valor deve ser depositado no processo, com os custos da expropriação, inclusive com os honorários do leiloeiro descontados e com o pagamento nos limites da execução para o exequente.

Talamini⁵⁰ entende que a expropriação, por si, ou seja, aplicada sozinha, já basta para a garantia da execução:

Nesse contexto – em que o devedor não tem dinheiro, mas tem patrimônio suficiente para responder à dívida –, não parece

50 TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 50.

razoável a imposição de medidas coercitivas adicionais pelo fato de ele não transformar seu patrimônio em dinheiro e pagar a dívida. Se o que busca é essa transformação, mais fácil é providenciá-la diretamente, mediante os vários meios executivos expropriatórios (adjudicação, alienação por iniciativa privada, alienação em leilão e apropriação de frutos e rendimentos).

A expropriação é um dos procedimentos que acontece de modo rápido e ao mesmo tempo de modo mais lento, dependendo da facilidade ou dificuldade da venda de determinado imóvel.

3.2.4. Protesto judicial

Há ainda a execução por meio do protesto do pronunciamento judicial. Trata-se de uma coerção indireta. Nessa medida, o devedor é pressionado psicologicamente para o cumprimento da prestação alimentar, sendo ameaçado das consequências danosas que um protesto pode causar, inclusive para que obtenha crédito no mercado financeiro. Na conceituação de Theodoro Jr.⁵¹,

Trata-se, aqui, do protesto de documento que reconheça dívida feito em cartório. Embora o expediente já fosse possível sob a égide da legislação anterior, por iniciativa do credor, não havia previsão expressa a esse respeito no Código de 1973.

Com previsão legal no art. 528, §3º, do CPC, é a única medida que pode ser determinada de modo oficioso pelo órgão julgador. Contudo, nada impede que sejam praticados os demais atos executivos. Se praticados indevidamente, causando prejuízo ao devedor, haverá imposição do dever de indenizar.

Segundo Theodoro Jr.⁵², não se trata aqui de meio executivo, mas apenas de coação, de maneira que o ato não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos. Medina⁵³, referente ao protesto judicial, dispõe o seguinte:

51 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I, 59ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 130.

52 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I, 59ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 174.

53 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Pela dicção legal, o protesto da decisão exequenda é realizado *ex officio* pelo juiz (admissível também em relação aos alimentos provisórios fixados em decisão interlocutória, e não apenas quando fixados em decisão transitada em julgado, cf. art. 517 do CPC/2015).

O intuito do protesto da decisão judicial, como qualquer outro título, é restringir o crédito do executado e, de maneira indutiva, forçá-lo a pagar e satisfazer a obrigação, nesse caso, a alimentícia.

3.2.5. Negativação do nome do devedor: inclusão no SPC e no Serasa

Uma inovação no CPC/2015 está disposta no artigo 782, §3º, na qual a parte poderá requerer ao juiz a inclusão do nome do executado em cadastros negativos de inadimplentes, como SPC e Serasa. Contudo, não é uma medida exclusiva da execução de alimentos e ocorre somente se o título judicial tiver transitado em julgado.

Tal medida segue a mesma linha do protesto, sendo possível apenas se a justificativa do executado não for aceita. Segundo Lemos⁵⁴:

De certo modo, não havia dúvidas quanto a tais meios executórios alternativos, contudo o CPC/2015 trouxe mecanismos de protestos e inscrição, regulamentando os procedimentos especificadamente, constituindo em regras positivadas e, não, em meros precedentes a serem utilizados. A normatividade traz consigo maior segurança jurídica, ainda mais no tocante à procedimentalidade, com a visão de quais os requisitos e trâmites para tais institutos.

O requerimento para inclusão da restrição é uma providência que serve como uma suplementação para estimular que o devedor cumpra com sua obrigação, além

54 LEMOS, Vinicius Silva. É possível que o magistrado, no âmbito da execução de alimentos, adote medidas executivas do protesto e da inscrição do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito, caso se revelem eficazes para o pagamento da dívida. Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Civil II. Coord: Arruda Alvim, et. al.. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 600.

de servir como um alerta para a sociedade sobre a conduta e até mesmo sobre a situação econômica do executado. De acordo com Martins⁵⁵,

A inclusão do nome do devedor de alimentos na lista do SPC ou do SERASA é uma possibilidade que pode pressionar o inadimplente a arcar com sua obrigação, pois a pessoa poderá ter restrições bancárias, poderá ser impedida de abrir empresas e até mesmo não ter o seu cartão de crédito renovado. Para algumas pessoas isto gera um constrangimento muito grande acarretando em prejuízos em sua vida, desse modo, essa forma de coerção compele o inadimplente a pagar a dívida alimentar.

No ano de 2016, a 3ª Turma do STJ deu provimento a Recurso Especial⁵⁶ interposto pela parte credora contra acórdão proferido pelo TJSP, que indeferiu a inclusão do nome do executado ao cadastro de proteção ao crédito, com a observância do princípio do melhor interesse do menor:

Recurso especial. Direito de família. Processual civil. Alimentos. Execução. Devedor. Inscrição em cadastros de restrição ao crédito. Inscrição. Possibilidade. Direito à vida digna. Ausência de impedimento legal. Coerção indireta. Melhor interesse do alimentando. Inovação legislativa. Arts. 528 e 782 do novo CPC (LGL 2015\1656). 1. É possível, à luz do melhor interesse do alimentando, na execução de alimentos de filho menor, o protesto e a inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito. 2. Não há impedimento legal para que se determine a negativação do nome de contumaz devedor de alimentos no ordenamento pátrio. 3. O mecanismo de proteção que visa salvaguardar interesses bancários e empresariais em geral (art. 43 da Lei 8.078/1990) pode garantir direito ainda mais essencial relacionado ao risco de vida, que violenta a própria dignidade da pessoa humana e compromete

55 MARTINS, Luciane Brito. A inclusão do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. JUS, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56368/a-inclusao-do-nome-do-devedor-de-alimentos-nos-orgaos-de-protecao-ao-credito/3>. Acesso em 05 de julho de 2021.

56 STJ, 3ª Turma. REsp 1.469.102 /Estado de São Paulo. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 08.03.2016 - DJe 15.03.2016.

valores superiores à mera higidez das atividades comerciais.
4.O legislador ordinário incluiu a previsão de tal mecanismo no Novo Código de Processo Civil, como se afere da literalidade dos arts. 528 e 782.5. Recurso especial provido.

Como não é a medida final da execução e somente um meio indutivo de buscar o pagamento e a satisfação específica da obrigação alimentícia, havendo o pagamento ou a garantia da execução, a restrição imposta ao nome do executado deverá ser cancelada.

4. INEFICÁCIA DOS MEIOS COERCITIVOS E POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DO RITO ESPECIAL PARA O RITO COMUM

Os meios coercitivos são apenas para forçar o executado a pagar a execução e assumir a sua responsabilidade patrimonial. Dependendo da situação processual e da execução, pode-se entender que não são tão eficazes assim, pois, mesmo que o executado sofra as medidas impostas, em alguns casos não paga ou não tem bens a serem penhorados.

Um exemplo dessa ineficácia de outras medidas coercitivas ou indutivas é o caso da negativação do nome do alimentante, bem como o protesto. O nome do executado será negativado, com uma pressão indutiva ao pagamento e, talvez, caso não tenha ânimo de pagamento ou até solvência, não haverá efetividade, e, mesmo com a manutenção da negativação e a restrição, a efetividade não será alcançada, sem qualquer satisfação ao exequente/alimentando.

Câmara⁵⁷ dispõe da seguinte maneira quanto à aplicação dos meios típicos coercitivos, dentre eles a prisão e o protesto, quando observado o não surtimento do efeito esperado pelo credor:

Sendo a prisão e o protesto da decisão judicial meros meios de coerção, destinados a pressionar o devedor a efetuar o pagamento, mas deste não o eximindo, o fato de ter sido preso o executado não impede o prosseguimento do procedimento executivo, que se dirige à satisfação do crédito exequendo.

57 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Diante da possível ineficácia da prisão ou até de uma eventual justificativa acatada, mesmo que os outros meios típicos executivos dispostos no rito especial do art. 528 do CPC sejam ineficazes, não haverá justificativa para a permanência nesse rito, com a necessidade de constrição de bens e da busca pela expropriação.

A dúvida que se levanta é se o rito especial pode buscar a expropriação ou se há a necessidade de conversão ao rito comum do cumprimento de sentença pelo art. 523 do CPC. A resposta deve ser pela conversão, não pela simples adaptação da expropriação e penhora ao rito especial. E, ainda, essa conversão não pode ser oficiosa. Mesmo que o juízo perceba por si só que os meios executivos utilizados não surtiram os efeitos desejados ou foram ineficazes, a conversão do rito não poderá acontecer *ex officio*, tal mudança deve ser requerida pelo próprio exequente/alimentando que desejar seguir o rito do cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa.

Insta destacar o apontamento feito por Espragiaro e Shikicima⁵⁸ acerca da mudança de rito: “é claro que o juiz não deixará de atender pedido de conversão para o rito da penhora, independente de cumprimento de prisão, se assim convier ao exequente, no caso, por exemplo, de ter localizado bens em nome do executado.”

Logo, uma vez requerida pelo exequente, a mudança do rito para prosseguimento do feito deve ser realizada pelo juízo. No entanto, a dúvida mais importante surge: há uma conversão para o rito do art. 523 do CPC desde o início ou somente para a busca da expropriação e penhora? A resposta não é fácil, e o ordenamento não deixa claro qual seria a melhor solução ou um caminho crível.

Dentro da concepção de que o exequente busca alimentos, é prudente que haja uma nova intimação do executado para pagamento, agora no rito do art. 523 do CPC, com novos 15 (quinze) dias para pagamento e a possibilidade de multa de 10% (dez por cento) e igualmente de honorários advocatícios de 10% (dez por cento).

Essa possibilidade significa que o exequente pode optar pelo rito especial para que o meio coercitivo da prisão traga uma eficácia e uma efetividade maior, com uma extrema indução e coerção, assim almejando uma celeridade no adimplemento, abrindo mão de multa ou honorários advocatícios nesse rito. Contudo, se assim não

58 ESPRAGIARIO, Marcia Elisabeth Gabriel; SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Do Cumprimento de sentença na ação de alimentos. Jus, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56244/do-cumprimento-de-sentenca-na-acao-de-alimentos>. Acesso em 01 de julho de 2021.

ocorrer, na conversão, deve-se privilegiar o exequente e, dessa maneira, conceder os mesmos benefícios que teria caso tivesse optado pelo rito num primeiro momento.

ASPECTOS CONCLUSIVOS

Esta pesquisa alvitrou apresentar conhecimentos sobre as formas de serem executados os alimentos que não foram saldados voluntariamente. Caso haja débito e administrativamente não se consiga solucionar o inadimplemento, a intervenção estatal se torna necessária, com a abertura aos credores/alimentados da possibilidade de execução, tanto do título judicial de alimentos quanto do extrajudicial.

Os alimentos são de necessidade humana e da própria sobrevivência do alimentando e, por isso, há uma procedimentalidade especial, com regras próprias dispostas no art. 528 do CPC e seguintes, inclusive sendo a exceção plausível para uma prisão civil. Além da medida extrema, o próprio ordenamento buscou dispor de outras medidas coercitivas, seja de maneira conjunta, seja de maneira antecedente, seja de maneira posterior ao pedido de prisão, a critério do pedido do exequente e da própria urgência e efetividade do cumprimento de sentença.

Primeiramente, foram abordados os aspectos sobre os alimentos, que se constituem como meios para a subsistência do ser humano que poderão ser pleiteados em juízo em conhecimento e, depois de fixados, se inadimplidos em cumprimento de sentença, têm a possibilidade de serem acordados de maneira extrajudicial.

Um segundo assunto abordado foram as medidas executivas a serem empregadas no rito especial da execução de títulos alimentícios, tanto sobre a própria prisão civil quanto no que se refere aos demais meios típicos de execução.

São utilizados princípios, apesar da prisão civil, para não prejudicar em demasia o devedor; um exemplo é o da menor onerosidade, visto que, quando se trata de execução de alimentos, não há uma ordem de preferência de execução e esse princípio vem justamente para evitar que o devedor não sofra um impacto muito grande e para que a execução não se torne tão onerosa.

No que se refere à prisão, nota-se que é tratada como meio executivo indireto, uma vez que a sua incidência não resolve o adimplemento, somente induz e realiza coerção para tanto. A intenção é que o executado atenda rapidamente às necessidades dos credores de alimentos, mesmo que seja pelo receio da prisão. A medida de prisão

civil pode ser eficaz pelo fato de a comprovação do executado ocultar os bens, protelar a execução, não demonstrar vontade em pagar e, ao ser instado a ser preso ou até mesmo ser efetivada a prisão, tem que pagar para ter a sua liberdade.

No entanto, ainda que haja o receio da prisão, esta pode não ser eficaz, como na prisão do devedor desempregado, uma vez que, não possuindo bens passíveis de penhora em decorrência de seu desemprego e por se encontrar desprovido das garantias para a execução de seus débitos, não conseguirá arcar com os valores em débito.

Diante dessa possível ineficácia, o próprio ordenamento, mesmo no rito que prioriza a prisão, possibilita o desconto em folha ou a penhora de salário como meios de se conseguir a efetividade do adimplemento, havendo, também, outros meios, como o protesto e a inscrição no cadastro de inadimplentes do teor do título executivo alimentício.

E, ainda, se a execução pelo rito especial não demonstrar eficácia, é possível a conversão do rito para o comum, com todos os benefícios inerentes a este.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 8ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BREITENBACH, Fábio Gabriel Breitenbach; MENEZES, Iure Pedroza. Comentário aos arts. 528 e 529. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. São Paulo: Lualri, 2017.

CALMON, Rafael. Direito das famílias e processo civil: interação. São Paulo: Saraiva. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CONÂCO, Taline. A prisão civil por débito alimentar no Código de Processo Civil de 2015: uma análise acerca da (im)possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54027/a-priso-civil-por->

dbito-alimentar-no-cdigo-de-processo-civil-de-2015-uma-anlise-acerca-da-impossibilidade-de-priso-civil-do-devedor-de-alimentos-indenizatrios.

CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Comentário aos arts. 528 e 529. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 9a. ed. Salvador: Juspodvim, 2019.

DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil comentado. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ESPRAGIARIO, Marcia Elisabeth Gabriel; SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Do Cumprimento de sentença na ação de alimentos. Jus, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56244/do-cumprimento-de-sentenca-na-acao-de-alimentos>. Acesso em 01 de julho de 2021.

LEMONS, Vinicius Silva. É possível que o magistrado, no âmbito da execução de alimentos, adote medidas executivas do protesto e da inscrição do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito, caso se revelem eficazes para o pagamento da dívida. Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Civil II. Coord: Arruda Alvim, et. al.. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MARTINS, Luciane Brito. A inclusão do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Jus, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56368/a-inclusao-do-nome-do-devedor-de-alimentos-nos-orgaos-de-protecao-ao-credito/3>. Acesso em 05 de julho de 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

SOUZA, Gelson Amaro de. Comentário ao Art.784. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2019.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier.Jr. Salvador: Juspodvim, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Comentário ao art. 911. Código de Processo Civil Comentado. Orgs: TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO,

Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogério Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. Paraná: AASP: Paraná, 2019.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. Manual de direito processual civil. 2a. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. II, 40^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I, 59^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: família e sucessões. 20a. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

