

REJuriSTJ

REVISTA DE
ESTUDOS JURÍDICOS
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ANO 2 - N. 02

2º semestre 2021



ISSN 2675-5920

REJURISTJ

Revista de Estudos Jurídicos
do Superior Tribunal de Justiça

Superior
Tribunal
de Justiça

REJURISTJ, BRASÍLIA, ANO. 2, N. 2, P. 1-486, DEZ. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO DIRETOR DA REVISTA

Ministro Benedito Gonçalves	+ Diretor
Marilisa Gomes do Amaral	+ Chefe de Gabinete
Gerson Prado da Silva	+ Servidores
Hekelson Bitencourt Viana da Costa	
Maria Angélica Neves Sant'Ana	
Rosa Christina Penido Alves Sturm	
Ruthe Wanessa Cardoso de Souza	+ Técnico em Secretariado
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz	+ Mensageiro

SAFS - Quadra 6 - Lote 1 - Trecho III - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala
C-243

Brasília - DF - 70.095-900

www.stj.jus.br

revista@stj.jus.br

Telefone: (61) 3319-8055

Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça / Superior Tribunal de Justiça, Gabinete da Revista. – Ano 1, n. 1 (ago. 2020)-. -- Brasília : STJ, 1989-

Semestral

<https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica>

ISSN 2675-4851 Versão Impressa

ISSN 2675-5920 Versão Eletrônica

1. Direito, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. II. Título: REJURI.

CDU 340(81)(05)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO

Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins	Presidente
	Corregedor-Geral da Justiça Federal
Ministro Jorge Mussi	Vice-Presidente
Ministro Felix Fischer	
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto	
Ministra Fátima Nancy Andrichi	
Ministra Laurita Hilário Vaz	
Ministro João Otávio de Noronha	
Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura	Corregedora Nacional de Justiça
Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin	
Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes	Diretor-Geral da ENFAM
Ministro Luis Felipe Salomão	
Ministro Mauro Luiz Campbell Marques	
Ministro Benedito Gonçalves	Diretor da Revista
Ministro Raul Araújo Filho	
Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino	
Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues	
Ministro Antonio Carlos Ferreira	
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva	
Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior	
Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	
Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira	
Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães	
Ministro Sérgio Luiz Kukina	
Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro	Ouvidor
Ministra Regina Helena Costa	
Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz	
Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria	
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca	
Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	
Ministro Antonio Saldanha Palheiro	
Ministro Joel Ilan Paciornik	

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMISSÃO EXECUTIVA

FRANCISCO RONDINELY FERREIRA DA CRUZ

GERSON PRADO DA SILVA

HEKELSON BITENCOURT VIANA DA COSTA

IGOR THEÓFILO DE LIMA

MARIA ANGÉLICA NEVES SANT'ANA

MARILISA GOMES DO AMARAL

ROSA CHRISTINA PENIDO ALVES STURM

RUTHE WANESSA CARDOSO DE SOUZA

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSELHO EDITORIAL

Sra. Ana Claudia Farranha Santana Doutora	Universidade de Brasília, Brasil
Sr. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho Doutor	Universidade Federal do Amazonas, Brasil
Sr. Fredie Souza Didier Junior Pós-Doutor	Universidade Federal da Bahia, Brasil
Sr. Fernando Facury Scaff Pós-Doutor	Universidade de São Paulo, Brasil
Sr. Gilberto Bercovici Doutor	Universidade de São Paulo, Brasil
Sr. Ingo Wolfgang Sarlet Pós-Doutor	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil
Sra. Larissa Maria de Moraes Leal Doutora	Universidade Federal de Pernambuco, Brasil
Sra. Laura Schertel Ferreira Mendes Doutora	Universidade de Brasília, Brasil
Sr. Luiz Guilherme Marinoni Pós-Doutor	Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Sra. Misabel de Abreu Machado Derzi Doutora	Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
Sr. Nilton Cesar da Silva Flores Doutor	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Sra. Paula Forgioni Doutora	Universidade de São Paulo, Brasil
Sr. Rodrigo Reis Mazzei Pós-Doutor	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Sr. Silvio Luiz de Almeida Pós-Doutor	Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLABORADORES

Adolfo Mamoru Nishiyama	José Maria Arruda de Andrade
Alexandre Kehrig Veronese Aguiar	Marcelo Machado Costa Lima
Alexandre Raslan	Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Amina Welten Guerra	Márcio Carvalho Faria
André Pires Gontijo	Marcus Flávio Horta Caldeira
Atalá Correia	Maria Fernanda Pinheiro Wirth
Claudia Maria Las Casas Brito Lamas	Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto
Enio César Gonçalves Pimenta	Murilo Borsio Bataglia
Fábio André Guaragni	Natália Bertolo Bonfim
Fabrizio Ramos Ferreira	Osmar Mendes Paixão Côrtes
Fernanda Heloisa Macedo Soares	Patricia Candido Alves Ferreira
Fernanda Teotonia Vale Carvalho	Pedro Machado de Almeida Castro
Fernando Daniel de Moura Fonseca	Pierpaolo Cruz Bottini
Francisco Baleotti	Regina Célia Martinez
Frederico Augusto Leopoldino koehler	Sara Barbosa Miranda
Gabriel Cardoso Galli	Simone Trento
Hamid Bdine	Susana de Moraes Spencer Bruno
João Carlos Castellar	Thiago Pires de Oliveira
Jonabio Barbosa dos Santos	Valter de Souza Lobato
José Antonio Lomonaco	

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
NOTAS SOBRE A LITISPENDÊNCIA NO INVENTÁRIO CAUSA MORTIS	11
<i>RODRIGO MAZZEI</i> <i>TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES</i> AUTORES CONVIDADOS	
A NECESSIDADE DA VALORIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONFLITO NA ESFERA ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE ANÁLISE DO INTERESSE DE AGIR	33
<i>ANA FLÁVIA BORGES PAULINO</i> <i>JOEL ILAN PACIORNIK</i> AUTORES CONVIDADOS	
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DE UM DIÁLOGO PERMANENTE, PROFUNDO E CRÍTICO	63
<i>ANDERSON SANTOS DA SILVA</i>	
HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO	91
<i>ANDREI FERREIRA FREDES</i>	
A LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERÍODOS EXCEPCIONAIS: A CALAMIDADE PÚBLICA COMO INSTRUMENTO LIMITADOR	123
<i>BARBARA REVELLES SANTOS</i>	
PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO	149
<i>CAMILA LEMOS AZI PESSOA</i>	
TRANSAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: NATUREZA, CONSEQUÊNCIAS E SEGURANÇA JURÍDICA	181
<i>CLAIRTON KUBASSEWSKI GAMA</i>	

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE SECURITIZADORA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO PERANTE O CONSUMIDOR	219
<i>DEBORAH FONSECA FERNANDES</i>	
LEGITIMIDADE PARA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS	251
<i>FABRÍCIO DO VALE BARRETTO</i>	
A COBRANÇA DE MENSALIDADES PELAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DE ENSINO NA PÓS-GRADUAÇÃO <i>STRICTO SENSU</i>	289
<i>GUSTAVO SIQUEIRA DE MELO</i>	
EMENTAS JURISPRUDENCIAIS COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA EM UMA CORTE DE PRECEDENTES: PARÂMETROS DE REDAÇÃO	321
<i>KALYANI MUNIZ COUTINHO PIMENTEL</i>	
A PRIMEIRA DÉCADA DE CORTE CONSTITUCIONAL NA INGLATERRA: REFLEXÕES SOBRE UMA SUPOSTA VIRADA REPUBLICANA NA MONARQUIA	349
<i>LUIZ FELIPE DA ROCHA AZEVEDO PANELLI</i>	
A DEONTOLOGIA PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO: A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO ÓRGÃO JUDICIAL	383
<i>MARCELO VEIGA FRANCO</i>	
HISTORICIDADE DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO BRASIL: A CONSOLIDAÇÃO DO RESPEITO À VONTADE DA SOCIEDADE	411
<i>RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI</i>	
O STANDARD PROBATÓRIO DO CRIME ANTECEDENTE NA LAVAGEM DE CAPITALS	453
<i>THIAGO COLNAGO CABRAL</i>	

PREFÁCIO

É com grande satisfação que preparamos e lançamos esta Segunda Edição da Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça – REJuriSTJ, concebida pela Instrução Normativa STJ/GP Nº 16, de 30 de agosto de 2019.

Nesta publicação, trazemos artigos sobre temas atuais da área jurídica de grande relevância para pesquisadores, docentes e alunos. Essas contribuições são valiosas para a continuidade da discussão sobre temas de Direito que demandam atenção contínua dos legisladores e juristas, para o indispensável aprimoramento do nosso sistema jurídico.

A REJuriSTJ busca cumprir sua missão de ser um respeitável veículo de difusão de resultados de pesquisa científica, desencadeando reflexões e proporcionando um amplo diálogo entre o Superior Tribunal de Justiça e a comunidade jurídica, além de toda a sociedade.

Nosso processo de estruturação está em constante evolução, sempre respeitando as boas práticas editoriais para que, futuramente, nossa obra possa apresentar um elevado fator de impacto e se torne um grande periódico.

Um agradecimento especial ao Conselho Editorial e a todas as pessoas que nos auxiliam e partilham do ideal de transformar a REJuriSTJ em um importante instrumento de disseminação do conhecimento jurídico, especialmente nessa fase inicial de amadurecimento. Ressalto, ainda, a dedicação, a competência e a presteza da atuação dos consultores *ad hoc* que nos auxiliaram nesta edição.

Certos de que os artigos aqui apresentados contribuirão para o debate, difusão e fomento de novas e instigantes pesquisas na área do direito, reafirmo o compromisso do Superior Tribunal de Justiça com a qualidade da REJuriSTJ e desejo uma boa leitura a todos!

Brasília, 14 de dezembro de 2021.

Ministro Benedito Gonçalves

Editor-Chefe

NOTAS SOBRE A LITISPENDÊNCIA NO
INVENTÁRIO *CAUSA MORTIS*

Rodrigo Mazzei

Tiago Figueiredo Gonçalves

Autores convidados

NOTAS SOBRE A LITISPENDÊNCIA NO INVENTÁRIO CAUSA MORTIS¹

NOTES ON LIS PENDENS IN SUCCESSION INVENTORY

Rodrigo Mazzei

Tiago Figueiredo Gonçalves

SUMÁRIO: 1 LITISPENDÊNCIA NO PROCESSO DE INVENTÁRIO. REUNIÃO DAS DEMANDAS. 2 A INSTAURAÇÃO DE MAIS DE UM INVENTÁRIO EM FOROS DIVERSOS. 3 “LITISPENDÊNCIA” ENTRE INVENTÁRIOS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. 4 ART. 616: ROL TAXATIVO QUE SE SUBMETE AO ACOPLAMENTO POR ATRAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O texto aborda a litispendência entre processos de inventário, analisando as peculiaridades do cenário, em que se destacam a legitimação concorrente e disjuntiva para sua instauração e a fixação de competência cambiante (art. 48, parágrafo único do CPC). Busca-se interpretar a taxatividade dos legitimados sob o viés de exegeses criadas pela literatura jurídica e que podem levar a permeabilidade dos sujeitos arrolados, frente ao caráter especial do procedimento

¹ O estudo é também resultado do grupo de pesquisa “Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos” – NEAPI, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7007047907532311#identificacao>. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

de inventariança e das peculiaridades entre os diversos sujeitos que a figuram, sejam estes herdeiros ou não. Por fim, explora-se simbiose entre modelos legais para as situações traçadas, tal como a tipicidade delimitativa, a interpretação extensiva e o acoplamento por atração.

Palavras-Chave: Litispendência; sucessões; legitimidade; taxatividade; interpretação extensiva.

ABSTRACT

*The text approaches *lis pendens* between inventory processes, analyzing the peculiarities of the scenario, highlighting the concurrent and disjunctive legitimacy for its opening and the fixation of changing competence (art. 48, sole paragraph of the CPC). It aims to interpret the exhaustiveness of the list of the legitimated under the prism of exegesis created by the legal literature and which can lead to the permeability of the subjects listed, given the special character of the inventory procedure and the peculiarities between the various subjects that figure it, whether they are heirs or do not. Finally, symbiosis between legal models for the outlined situations is explored, such as the delimiting typicality, extensive interpretation and coupling by attraction.*

Keywords: *Lis pendens; successions; legitimacy; taxactivity; extensive interpretation.*

1 LITISPENDÊNCIA NO PROCESSO DE INVENTÁRIO. REUNIÃO DAS DEMANDAS

A legitimidade para requerer a abertura do processo de inventário e partilha é conferida ao sujeito que está na posse e na administração do espólio (art. 615 do CPC), e, também, na dicção legal, de forma concorrente, ao cônjuge ou companheiro supérstite; ao herdeiro; ao legatário; ao testamenteiro; ao cessionário do herdeiro ou do legatário; ao credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; ao Ministério Público, havendo herdeiros incapazes; à Fazenda Pública, quando tiver interesse; ao administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite (art. 616 do CPC).

Diz-se *concorrente* porquanto há uma co-legitimação, estando mais de um sujeito de direito autorizado a formular o requerimento de abertura. Além de concorrente, pode-se dizer que a legitimidade é também *disjuntiva*, na medida em que cada legitimado pode exercê-la independentemente da vontade ou da anuência dos demais.

A legitimidade *concorrente e disjuntiva*, sem dúvida, abre espaço para que mais de um inventário *causa mortis* seja instaurado, situação indesejável, mas que advém diretamente da opção adotada no art. 616 do CPC. Com tal enredo, parte da doutrina² – têm trabalhado a instauração plúrima de inventários a partir do fenômeno da *litispendência*, cuja descrição, enquanto pressuposto processual negativo³, está talhada nos parágrafos do art. 327 do CPC e pode ser vista, grosso modo, como *a repetição de ação judicial que está em curso*.

O pormenor destacado merece aprofundamento, pois, seguindo as linhas gerais da figura, para que a *repetição* seja encartada como *litispendência* é necessário que as ações sejam idênticas, no sentido de que possuam as *mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido* (art. 327, § 2º).⁴

² Em exemplo, na doutrina: ROSA, Conrado Paulino da Rosa e RODRIGUES, Marco Antônio, p. 346-348) e DA SILVA, Ricardo Alexandre e LAMY, Eduardo, p. 504) e na jurisprudência “Em face da universalidade do direito de herança, não é possível o ajuizamento de mais de um inventário relativo ao mesmo acervo. Desse modo, constatando-se a existência de dois processos idênticos em que figuram iguais herdeiros e bens do mesmo de cujus, verificada está a ocorrência de litispendência” (STJ, REsp. 1.591.224/MA, 3ª. Turma, DJe 29/04/2016).

³ Sobre a litispendência como pressuposto processual negativo: ALVIM, Arruda (p. 269 e ss).

⁴ O critério da tríplice identidade (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), conquanto seja o apontado em lei para a verificação do fenômeno, não exclui a possibilidade de caracterização da litispendência a partir da identidade da relação jurídica posta em juízo. A respeito do tema, anota ALVIM, Arruda (1972, p. 62) “Parece-nos, porém, que o critério das três identidades, de forma alguma, exclui o da identidade da relação jurídica material. Ambos os critérios destinam-se a uma única finalidade: dizer quando o conteúdo de um processo é idêntico ao de outro, para vedar-se a reprodução simultânea ou sucessiva (litispendência e coisa julgada) de duas demandas, porque isso atenta contra o bom funcionamento da justiça.” No mesmo sentido, posiciona-se TUCCI, José Rogério Cruz e (2001, p. 213).

Passeio mais amplo no CPC revela ainda que a verificação da sua ocorrência enseja a prolação de decisão sem resolução de mérito (art. 485, inciso V). Sem reбуços, o gabarito da *litispêndência* (tríplice identidade de partes, causa de pedir e pedido) está voltado para demandas em que a controvérsia gira em torno de relação de direito material cujas posições jurídicas de seus agentes são bem definidas, sendo tais demandas comumente tramitadas com a observância do procedimento comum ou dos que com ele se perfilam, o que, definitivamente, não é o caso do inventário *causa mortis*.

Com efeito, em relação à identidade de partes não há no inventário a fixação de polos processuais rígidos, mas de *multipolaridade* com dinâmica móvel⁵, que se torna mais aguda a partir dos vários focos decisórios que fazem do inventário *causa mortis* um palco *policêntrico*. Dessa forma, não se deve buscar a identidade de partes em *planos retos*, ou como partes *opostas* ou, ainda, partes que estão em litígio (= *litigantes*). Tanto é assim que o requerimento de abertura do inventário sequer trabalha com a ideia de “autor” e “réu”, pois o que interessa, realmente, é que as partes interessadas na liquidação sucessória sejam identificadas para integrar a relação processual, pouco importando suas posições jurídicas (arts. 626 e 628, parte final, do CPC).

Não é ocasional que o rol do art. 616 anuncia a possibilidade de convivência de pessoas no processo sucessório com posições jurídicas totalmente distintas, em função da reunião condominial provocada pela *saisine* (arts. 1.784 e 1.791, parágrafo único, do CC). Em exemplo singelo, o cônjuge sobrevivente que estava casado sob o regime da comunhão universal (arts. 1.667 e 1.829, inciso I, do CC) se apresenta no inventário *causa mortis* com o objetivo de encerrar o condomínio que formou em vida com o falecido, ao passo que os herdeiros comparecem para reivindicar quinhão do patrimônio do autor da herança, e o credor do espólio, turno outro, se posiciona para receber seu crédito sobre a superfície positiva do acervo hereditário.

⁵ Sobre movimentações dinâmicas no âmbito do processo, confira-se: CABRAL, Antonio do Passo (2012), MAZZEI, Rodrigo (2008, p. 227-254) e TEMER, Sofia (2020, p. 203-211).

Ademais, é ingênuo pensar que apenas com olhos na listagem de pessoas trazida no pedido de instauração do inventário sucessório seja possível conferir a totalidade de partes interessadas, pois nem sempre tal requerimento está plasmando a identificação de todos os personagens que devem ser incluídos na liquidação da herança. Logo, a análise das partes reclama projeção abstrata daqueles que devem (ou podem) participar do processo sucessório, pois há interesse jurídico, dentro das flutuações definidas pela legislação.

Conclui-se, portanto, que as adaptações das regras de *litispendência* não podem fugir das singularidades do inventário *causa mortis*. Dentre as diferenças mais pulsantes em relação à *litispendência*, não se afigura que a extinção do segundo inventário (e de outros sucessiva e eventualmente instaurados) se apresente como a solução mais adequada, pois tal medida, a mais das vezes, será contra eficiente e desrespeitará o art. 8º do CPC que prega justamente o oposto. Basta imaginar hipótese em que a litispendência se efetiva entre inventário que foi instaurado pelo credor de herdeiro (art. 616, VI) e outro pelo administrador provisório (art. 615), que apresentou a prestação de contas e relato sobre a posição patrimonial dos bens do falecido, sem menção à dívida do credor por desconhecimento do fato (por exemplo, não havia informação nos documentos do falecido sobre a operação que ensejou a dívida). Qualquer que seja o inventário prevalecente, ou seja, aquele que será mantido como “vivo” (vale dizer, “*pendente*”), a extinção do segundo pedido de instauração causará prejuízo documental ao contexto das primeiras declarações, já que a legitimação definida a partir de posições jurídicas distintas terá provável reflexo nas informações trazidas nas respectivas postulações.

O quadro tracejado indica que a solução mais adequada é a *reunião dos pedidos de abertura de instauração do inventário causa mortis*, sendo natural a concentração no pleito mais antigo. Deve-se utilizar, no particular, as regras previstas nos arts. 43, 58, 59 e 312 do CPC, a fim de que com o *registro* ou com a *distribuição* da inicial⁶ se firme prevenção

⁶ Os dispositivos acima devem ser compatibilizados ainda com o art. 284 do CPC, uma vez que *registro* não se confunde com *distribuição*, pois, como bem exemplifica GALDINO, Flávio

atrativa⁷. Assim, faz-se adaptação adequada às regras gerais apresentadas, pois ainda que não se trate de *conexão* ou *continência*, a reunião permite o aproveitamento dos atos processuais, evitando, por conseguinte, a sua repetição desnecessária⁸⁻⁹.

Note-se que o critério cronológico a partir do *registro* ou da *distribuição* inicial se demonstra como o mais seguro e acertado¹⁰, até porque com a revogação do art. 219 do CPC de 1973, não se pode mais usar a citação como vetor de prevenção, tendo em vista que o art. 240 do CPC não repete a mesma fórmula¹¹. Demais disso, diferentemente do

(2016, p. 90): “nas unidades de jurisdição (por exemplo, comarcas) onde há apenas um órgão jurisdicional em atuação, as petições iniciais são submetidas apenas a registro. Já nas unidades de jurisdição, onde há mais de um órgão jurisdicional, as petições iniciais devem ser distribuídas, sendo certo que a distribuição deverá ser alternada e aleatória (NCPC, 285)”.

⁷ Ainda que sem determinar a reunião dos inventários, há julgados no âmbito do TJRS em que a litispendência entre inventários sucessórios foi resolvida com base no “critério balizador da prevenção”, que “é a distribuição da petição inicial, consoante preconiza o art. 59 do CPC” (TJRS, Apelação Cível, nº 70073472607, Oitava Câmara Cível, j. 28-09-2017). Igualmente: TJRS, Apelação Cível, nº 70081351033, Oitava Câmara Cível, j. 28-11-2019.

⁸ A reunião dos inventários é a medida mais acertada, pois evita contradições decisórias, como a que pode ser vista na conclusão do julgamento do REsp 1.739.872/MG, em que o voto relator, depois de definir que a “ação de inventário e partilha que deverá permanecer em tramitação é aquela ajuizada pelo recorrente”, determinou “[...] de um lado, a extinção da ação idêntica que fora proposta pela recorrida, e de outro lado, o máximo aproveitamento dos atos processuais já praticados no processo que deverá ser extinto” (STJ, 3ª. Turma, DJe 22/11/2018). A decisão na forma acima acaba por criar a necessidade de traslado de peças (ao invés de usar as originais), postura que poderá abrir debate acerca de remessa incompleta dos atos documentados, com a possibilidade de gerar incidente decisório para deliberação sobre qual o conjunto documentado que será transladado. Caso a conclusão fosse pela reunião nos autos, os enleios não ocorreriam, aproveitando-se tudo aquilo que era inédito e com o descarte daquilo que se apresentou como repetitivo.

⁹ A reunião dos processos, ao invés da extinção de um deles, diante da configuração de litispendência entre demandas propostas por legitimados distintos, é solução que se encontra igualmente preconizada em doutrina relativamente ao processo coletivo, no qual se tem igualmente legitimidade concorrente e disjuntiva. No tema: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (2013, p. 182).

¹⁰ Concordando, ALVIM, et. al. (2012, p. 1.467).

¹¹ Em resenha, no CPC de 1973 para compatibilizar o art. 219 com o art. 106 (já que tanto a citação quanto o primeiro despacho provocavam a prevenção), entendia-se que em causas conexas com competência territorial diversa a prevenção seria definida pela citação (art. 219), ao passo

que ocorre no procedimento comum, no inventário *causa mortis* a citação, via de regra, é determinada somente depois da apresentação das primeiras declarações pelo inventariante (art. 626), momento procedimental adiantado, posterior à ocorrência de atos relevantes, como a própria formalização da inventariança (art. 617, parágrafo único do CPC), fato que também justifica o descarte da citação como marco da prevenção.¹²

que nas situações de igual competência territorial deveria se observar a prevenção perante o juízo que proferisse primeiro o despacho da inicial (art. 106). As regras em questão não possuem mais pouso na codificação atual, descartando-se o uso da citação como elemento caracterizador da prevenção. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assunção (2017, p. 102) e DELLORE, Luiz (2019, p. 222).

¹² A peculiaridade da citação postergada no inventário *causa mortis* - muito provavelmente - motivou que alguns julgados fixassem a data de formalização da inventariança como o marco que tornaria o juízo preventivo. No sentido destaca-se a consolidada posição do TJMG, citando-se (entre vários): “Configurada a litispendência entre dois ou mais inventários, tem-se como preventivo o juízo que primeiro nomeou o inventariante, sendo irrelevante a ordem de distribuição” (TJMG, Apelação Cível 1.0338.17.001194-8/001, 7ª Câmara Cível, DJ 13/03/2018). Vide ainda: TJMG, Agravo de Instrumento 1.0518.09.165479-9/003, 8ª. Câmara Cível, DJ 13/06/2017. Tal posição, todavia, não merece prosperar por diversos aspectos, pois, além de não possuir qualquer eco legal no CPC, traz resquícios claros do revogado art. 106 do CPC (que considerava preventivo o juízo que despachava em primeiro lugar, em caso de competência territorial), fato que remete a questão para variável que foge ao controle do jurisdicionado (funcionamento adequado da máquina judiciária). Demais disso, ainda que de forma indireta, a prevalência de tal posição pode forçar a nomeação prematura de inventariante, uma das decisões mais importantes no inventário *causa mortis*, apenas com intuito de firmar prevenção, fato de todo indesejável. Dessa forma, o critério não possui a melhor inspiração e pode causar ambiente de insegurança. Veja-se, de outro turno, que diante da existência de mais de um inventário sucessório relativo ao mesmo titular da herança, o STJ, para efeitos de identificação da primeira demanda proposta, afastou a tese do acórdão recorrido, no sentido de que seria a data de nomeação do inventariante o elemento definidor acerca de qual ação litispendente deveria sobreviver. Do voto do relator se colhe que a tese “além de **não encontrar absolutamente nenhum respaldo** na legislação em vigor, configura **marco temporal nitidamente inseguro**, porque relacionado a sucessivas movimentações e atos processuais que não dependem exclusivamente das partes, mas, sim, do Poder Judiciário, atraindo subsequentes debates acerca da incidência do art. 240, §3º, do CPC/15, segundo o qual “a parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”. Na hipótese, tendo sido a ação de inventário ajuizada pelo recorrente **anterior** à mesma ação ajuizada pela recorrida, **deve permanecer em tramitação àquela que foi primeiramente proposta**, marco que possui **amparo legal** e que, ademais, é o mais **preciso e seguro** para a definição acerca de qual ação deverá permanecer em curso após o reconhecimento da litispendência” (STJ, REsp 1.739.872/MG, 3ª. Turma, DJe 22/11/2018 – negrito no original - o julgado já foi citado na nota de rodapé anterior). A única ressalva que se faz ao julgado é que, diante da configuração da litispendência, buscou identificar a demanda primeiramente proposta para, por consequência, determinar a extinção do segundo processo sem resolução de mérito.

Voltando à ilustração que trabalha com *'litispendência'* entre os requerimentos do credor e do administrador provisório, o pedido do credor de instauração do inventário não deve ser extinto, podendo ser recebido como habilitação de crédito, a fim de que ocorra o pagamento ou a reserva de bens (arts. 642-646 do CPC). Igualmente, a reunião de processos permite a manutenção da prestação de contas do administrador provisório nos autos, material fundamental para o deslinde de todo inventário. Assim, a extinção de uma das postulações apenas ocasionaria a necessidade de repetição do pleito no processo remanescente, um esforço desnecessário, que pode ser evitado a partir da reunião dos autos, com a prevalência processual daquele que foi eleito como matriz, cujo critério será cronológico, aplicando-se as bússolas dos arts. 43, 58, 59 e 312 do CPC.

2 A INSTAURAÇÃO DE MAIS DE UM INVENTÁRIO EM FOROS DIVERSOS

Quando o autor da herança não possui domicílio certo, a instauração de múltiplos inventários pode advir como outro complicador, a saber: *abertura de processos sucessórios em comarcas distintas*. Com efeito, se o falecido não possui domicílio certo, o inventário pode ser aberto no foro da situação dos bens imóveis, sendo que, caso estes estejam situados em foros diversos, admite-se a instauração do inventário em qualquer dos locais em que os imóveis estejam cravados (art. 48, parágrafo único, II, do CPC). No caso de o autor da herança (sem domicílio certo) não deixar bens imóveis, o inventário pode ser instaurado no foro da situação de qualquer dos bens do espólio (art. 48, parágrafo único, III, do CPC).

Nas situações acima narradas, mesmo havendo mais de um inventário *causa mortis* instaurado, a análise da prevenção poderá ficar em segundo plano, pois o debate prioritário será o da aplicação adequada das regras de competência previstas nas gavetas do parágrafo único do art. 48, do CPC. A parte, ao tomar ciência da abertura do inventário em desalinho com o referido dispositivo, arguirá a matéria de *'exceção'* de incompetência¹³-

¹³ A palavra “*exceção*” se encontra aqui empregada no sentido genérico de “*defesa*”.

¹⁴⁻¹⁵ mediante petição própria. A mesma providência deverá ser adotada pelo legitimado que não abriu o inventário *causa mortis*, mas que deseja impugnar o foro eleito no processo sucessório já iniciado. Saliente-se, no particular, que a petição em que arguida a exceção de incompetência deverá ser apresentada com a demonstração da interpretação adequada das bandejas do parágrafo único do art. 48 do CPC, procedimento este que não se limitará apenas à crítica em relação à opção do foro que está sendo alvo da impugnação, mas também trazendo a fundamentação que demonstra que a comarca apontada pelo postulante é a correta. Em suma, se o art. 48 da codificação processual for o vetor para o deslocamento do foro do inventário, a parte discordante terá que se valer de exceção de incompetência, trazendo para tanto dupla fundamentação (a) crítica ao foro escolhido pelo demandante e (b) demonstração do local correto para a tramitação do inventário.

Portanto, o reconhecimento da “prevenção” pressupõe a competência do juízo perante o qual proposta a primeira demanda, não tendo o condão de se consolidar automaticamente perante o primeiro inventário instaurado, pois tal ideia afastaria as regras de competência dispostas no corpo do art. 48 do CPC.

¹⁴ Fixou-se o entendimento que a competência para instauração do inventário possui natureza relativa: “[...]. A competência para o processo sucessório é relativa, não podendo ser arguida de ofício.” (STJ, CC 13.646/PR, Segunda Seção, DJ 25/09/1995). Assim, necessário o manejo de exceção de incompetência para as postulações de modificação de competência, regra esta aplicável, inclusive, ao Ministério Público como custos legis (STJ, REsp 630.968/DF, 3ª. Turma, DJ 14/05/2007).

¹⁵ No particular, mais uma vez, as disposições sobre o procedimento comum acerca da exceção de competência (os arts. 336, 337, II, e 340 do CPC) não penetram com encaixe perfeito no *procedimento verdadeiramente especial* do inventário *causa mortis*. De forma diversa do procedimento padrão, em que a exceção de incompetência será deduzida no bojo da contestação, diante da inadequação de tal técnica processual ao procedimento especial em voga, a postulação de deslocamento de competência deverá ser manifestada em peça própria, em forma de impugnação que ataque exclusivamente a competência atrelada ao inventário *causa mortis*, aplicando-se, por extensão o prazo de 15 (quinze) dias para tal.

Observe-se, contudo, que outros fundamentos podem ser trazidos para o debate, visando a sedimentação do foro para o curso do inventário *causa mortis*, destacando-se, no sentido, as posições jurídicas e *status* particulares das partes vinculadas ao processo sucessório. Isso porque em determinados casos a fluidez do texto contido nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 do CPC aponta para mais de uma solução, todas aceitáveis a partir da exegese do dispositivo. Por exemplo, o autor da herança sem domicílio certo deixa dois imóveis, tendo estes valores compatíveis, mas situados em comarcas diversas. O quadro autoriza que o inventário sucessório seja instaurado em qualquer dos dois foros, sendo intuitivo se trazer para o debate as regras de prevenção para solucionar o conflito.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI E RENATO SANTOS PICCOLOMINI DE AZEVEDO (2016, p. 872) – propõem em tal situação limítrofe que se aplique a “ordem sequencial do art. 616”, posicionamento que, de certa maneira, prestigia a posição jurídica dos interessados no inventário, pois o dispositivo em debate possui ordenamento decrescente com tal inspiração¹⁶. Ocorre que tal método não tem aptidão para resolver todas as questões. Retornando à exemplificação acima (duplo posicionamento de imóveis deixados pelo falecido sem domicílio certo), basta pensar que os herdeiros estejam divididos em dois grupos, sendo que os incapazes residem todos em uma comarca, ao passo que os herdeiros com capacidade plena possuem domicílio no outro foro.

A ilustração demonstra que a aplicação do art. 48 do CPC não é livre e demanda respeito ao disposto no art. 8º do CPC que prevê que o juiz – ao aplicar o ordenamento jurídico – atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Assim, empregando-se as noções

¹⁶ Parecendo adotar posição semelhante: FADEL, Sergio Sahione (1974, p. 133).

de *eficiência* e de *finalidade social* no âmbito do inventário *causa mortis*, a posição jurídica das partes e o seu *status pessoal* devem ser levados em consideração. Sem aprofundar no assunto, as concepções de *forum shopping* e *forum non conveniens* devem se projetar para o art. 48, a fim de que alcançada a *competência adequada*.¹⁷

A questão invulgar ratifica a necessidade de visão diferenciada do inventário sucessório, a partir de suas peculiaridades, definindo-se o foro a partir da análise concreta. A observância do rol sequenciado do art. 616 do CPC é útil para identificar posições jurídicas mais pujantes, mas não é suficiente para resolver os impasses que podem surgir da concorrência de foros competentes. Como se viu da exemplificação, dentro da mesma classe (por exemplo: herdeiros), é possível se verificar vulnerabilidades (por exemplo, a incapacidade¹⁸) que devem ser ponderadas para análise do foro

¹⁷ Utilizando-se da doutrina de DIDIER JR, Fredie (2019, p. 250-253), o *forum shopping* se notabiliza pela possibilidade de escolha pelo demandante de um foro a par da existência de opções no sentido, ao passo que o *forum non conveniens* surge como mecanismo de controle de abuso da escolha do foro que, embora competente, não se mostre adequado no caso concreto (por exemplo, dificulte a defesa do demandado ou de processamento factual). O juízo provocado (escolhido) poderá recusar a prestação jurisdicional, ao verificar, de forma clara (e a partir de elementos concretos nos autos), que há outro em melhores condições de fazê-lo, em seu aspecto amplo, inclusive sob a ótica das partes envolvidas.

¹⁸ As vulnerabilidades, como a que se presume em relação ao incapaz, podem estar fixadas em lei, como se nota do art. 50 do CPC (A ação em que o incapaz for réu será proposta no foro de domicílio de seu representante ou assistente). A aplicação adaptada do dispositivo em foco, no âmbito do inventário *causa mortis*, tem que ser adequada, levando-se em consideração a multipolaridade do procedimento especial, que também não possui polos horizontais de “autor” (polo ativo) e “réu” (polo passivo), característico do gabarito do procedimento padrão.

mais adequado para a instauração e o processamento do inventário *causa mortis*.^{19,20,21}

3 “LITISPENDÊNCIA” ENTRE INVENTÁRIOS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Surgindo eventual *litispendência* entre um inventário judicial com um procedimento sucessório de natureza extrajudicial, registre-se que resolver-se-á sempre em favor do primeiro, bastando que seja verificado qualquer tipo de litígio interno e/ou a presença de incapaz, já que se aplica, no particular, o filtro do art. 610 do CPC.

Em verdade, análise com sintonia fina indica que se as partes interessadas não definirem amigavelmente qual é o inventário que deve funcionar como matriz, a própria divergência acerca do ambiente faz com que prevaleça o inventário judicial, pois o art. 610 trabalha com a dimensão da ampla concordância.

¹⁹ A vulnerabilidade como elemento de fixação de foro judicial é tema recorrente em decisões judiciais envolvendo relação de consumo, fixando foros favoráveis aos consumidores quando se verifica que a postulação daqueles pode ficar onerosa ou prejudicada, fato que justifica até que o foro de eleição seja desconsiderado em determinadas situações. No sentido: “A Magna Carta assegura a todos e qualquer cidadão o acesso à justiça. Declinar, na espécie, o foro competente da ação para local distante do domicílio do autor, é negar-lhe este acesso. E cercear esse direito é ferir um dos mais meritórios princípios do direito moderno” (STJ, REsp 986.633/SC, 1ª Turma, DJe 24/04/2008). Confira-se (entre vários): STJ, AgRg no AREsp 735.249/SC, 3ª Turma, DJe 04/02/2016; REsp 298.522/SP, 3ª Turma, DJ 19/11/2001, p. 265.

²⁰ TARTUCE, Fernanda (2012, p. 287-288) defende que a vulnerabilidade é um fator que deve ser ponderado na fixação de competência, pois tal conduta se extrai do sistema jurídico, não sendo necessária a positivação expressa em dispositivo legal no sentido para cada hipótese.

²¹ Há de se ter em mente que as “vulnerabilidades” devem ser vistas em quadro amplo, de modo que em alguns casos elas podem pender para o sentido inverso do personagem que a carrega. Por exemplo, em caso de inventariança, como se trata de administração por ato personalíssimo, o interessado incapaz não está bem posicionado para a eleição do inventariante, sendo preferível que a função seja exercida por outro interessado que tenha capacidade plena. No sentido: “Herdeiro menor ou incapaz não pode ser nomeado inventariante, pois é impossibilitado de praticar ou receber diretamente atos processuais; sendo que para os quais não é possível o suprimento da incapacidade, uma vez que a função de inventariante é personalíssima” (STJ, REsp 658.831/RS, 3ª Turma, DJ 01/02/2006, p. 537).

Dessa forma, havendo algum tipo de conflito antes do encerramento do inventário extrajudicial, o tabelião deverá ser comunicado por escrito da desavença ou da instauração do inventário judicial, a fim de que seu labor seja interrompido, em semelhança ao previsto no art. 32 da Resolução 35/3007 do CNJ.

4 ART. 616: ROL TAXATIVO QUE SE SUBMETE AO ACOPLAMENTO POR ATRAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Conforme anunciado no item 1, um dos fatores que propicia a litispendência entre inventários decorre da legitimidade *concorrente e disjuntiva* para a instauração do processo sucessório que pode ser extraída dos arts. 615 e 616 do CPC. Em suma, nada obstante a abertura do inventário seja uma “incumbência” do administrador provisório (art. 615 do CPC), o legislador fixou largo rol de figuras com legitimação autônoma no sentido (art. 616 do CPC). De toda sorte, ainda que se tenha adotado tal modelo, deve ser registrado que a instauração do inventário sucessório se submete à *taxatividade*, ou seja, a legitimação para o ato decorre de elenco que é fixado pela lei. Há, assim, blindagem que impede que outras pessoas, diversas das ditadas por lei, sejam protagonistas da abertura do processo sucessório.

Inicialmente, há de se realçar que a assertiva acima cravada não cria uma *taxatividade topográfica* vinculada ao art. 616 do CPC, no sentido de que apenas as pessoas inclusas internamente no seu rol devam ser consideradas como legitimadas para instaurar o inventário sucessório. É perfeitamente possível que o legislador (art. 22, inciso I, da CF) preveja outros legitimados para a abertura do inventário sucessório, desde que seja editada regra legal no particular, mesmo que *geograficamente* de forma externa ao cardápio do art. 616 do CPC. Exemplo claro está no texto do art. 615 do CPC em vigor, pois ao dispor sobre a *incumbência* do administrador provisório para instaurar o inventário *causa mortis*, a lei também tratou, por imperativo lógico, sobre sua *legitimação*. Com outras palavras, a *taxatividade* está atrelada à existência de previsão legal, sendo de pouca importância seu *posicionamento topográfico* e, dessa forma, é equivocado dizer que o legislador está restrito tão somente ao campo

interno do art. 616 do CPC para plasmar as figuras com legitimação para instaurar o inventário sucessório.

De outra banda, mesmo que o legislador não preveja expressamente que determinados atores tenham legitimação para a instauração do inventário, deve-se admitir a busca de figuras que podem ser acopladas ao rol taxativo, desde que estejam previstas em lei e seja inegável sua identidade com o cardápio legal. No ponto, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (1968, p. 51-53) defende a possibilidade de complementação de rol taxativo através da '*analogia legis*', procedimento este que se notabiliza pelo preenchimento do cardápio a partir de outros modelos ditados pela lei, não se confundido, assim, com a '*analogia livre*' (que não pode ser tolerada quando a bússola é a própria lei). Usando outras palavras, para ASCENSÃO não é possível ampliar a lei, mas apenas interpretá-la dentro das suas próprias opções já previamente plasmadas no texto. Com base em tal pilar, o jurista português fixou as noções sobre *tipicidade delimitativa*, que admite a analogia vinculada às situações previstas na lei (*analogia legis*). Sem prejuízo de possível crítica quanto à nomenclatura da expressão (*tipicidade delimitativa*) e do seu apego à analogia, que, em verdade, se notabiliza como método que deve ser utilizado quando a lei é omissa (e a tarefa em questão não envolve, propriamente, vácuo normativo, mas a necessidade de acoplamento de modelos legais), a contribuição do autor lusitano não pode ser renegada.

Com efeito, efetuando-se ajustes nas bases de que o jurista português se utilizou, extrai-se o ponto nevrálgico da questão, que é a possibilidade de agrupamento de tipos ditados pela lei, em decorrência de fracionamentos topográficos indesejáveis. Por tal passo, em se tratando de deslocamento de figuras ou hipóteses para fazerem parte de determinados elencos legais (como é o caso do art. 616 do CPC), tem-se que a expressão *acoplamento por atração* é mais didática e fiel ao fenômeno, pois em resenha, envolve a comunicação entre modelos legais e, por isso, não pode ser confundida como *interpretação extensiva*, ao menos no seu sentido estrito, pois esta é marcada pela extração do significado da letra da lei, ampliando-se o alcance de palavras inseridas em texto legal, postura que fatalmente aumenta o espectro da norma, açambarcando outras situações. No particular, o *acoplamento por atração* é um exercício comunicativo que cria a norma pelo envolvimento de mais de um texto, ou seja, em que não

se admite análise solteira, postura comum na interpretação extensiva, a qual tem como mote a ampliação de determinada norma como protagonista.

Assim, o acoplamento por atração exige interação entre textos legais, com reposicionamento topográfico, fato que pode até acontecer na *interpretação extensiva*, acontecendo, contudo, de forma acidental, diferentemente do que ocorre em relação ao acoplamento, em que se busca a atração de texto normativo, para colocá-lo no abrigo de rol taxativo. Há, pois, no *acoplamento por atração*, exame múltiplo de textos legais, na busca de encaixe que respeite a taxatividade do dispositivo que recebe a alocação.²²

²² Em exemplo frisante sobre o tema, extrai-se de forma evidenciada, da leitura do rol (taxativo) do art. 1.814 do CC, que não há previsão expressa acerca da possibilidade de declaração de indignidade a partir de abandono material por parte do beneficiado com a herança em relação ao falecido. Tal conduta, todavia, pode ser trazida como fundamento que justifica a revogação da doação por ingratidão do donatário (primeira parte do art. 555 do CC). Note-se que o tema não é estranho ao direito sucessório, pois se permite a deserção dos descendentes por seus ascendentes em caso de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, assim como a deserção dos ascendentes pelos descendentes se configurado o desamparo do filho ou do neto com deficiência mental ou grave enfermidade (arts. 1.962, inciso IV e 1.963, inciso IV do CC). Ao se admitir o abandono material – embora sem previsão no rol do art. 1.814 – como hipótese que permite a declaração da indignidade, há exemplo de *acoplamento por atração*. Isso porque o art. 1.814 não é preenchido a partir de inovação interpretativa, mas de hipótese prevista em lei e que possui identidade com a própria regra que pede complementação. Trata-se, em verdade, de alocamento interno de outra norma para o rol legal, procedimento este que não vulnera a *taxatividade*, pois, repita-se, o preenchimento é efetuado a partir de figura ou hipótese prevista em lei. ASCENÇÃO, José de Oliveira (2000, p. 139) utilizando as premissas da *tipicidade delimitativa*, traz o exemplo no direito civil luso, confira-se: “Em princípio, as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas; mas não pode deixar de se encontrar um acento restritivo no enunciado das causas de uma penalização tão grave como a exclusão da sucessão. Entre uma e outra consideração, concluímos que o art. 2.034 consagra uma tipicidade delimitativa. Ou seja, que não é possível uma analogia livre, a partir do conceito de indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de alguma das causas previstas na lei. Por outras palavras, não seria possível a analogia *iuris*, mas já seria possível a analogia *legis*”. Ainda que sem o uso das nomenclaturas, o assunto não é estranho à jurisprudência, colhendo-se notícia no Informativo nº 135 do STJ (20-24 de maio de 2002) [...]. apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC 1916) redundando em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária” (O informativo faz alusão ao REsp. 334.773-RJ, 4ª. Turma, julgado em 21/5/2002, todavia o acórdão com a numeração fornecida no informativo não foi encontrado na íntegra no site do Tribunal).

Em ilustração do acima dito, apesar do inciso IX do art. 616 do CPC dispor tão somente a legitimação para o “administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite”, não fazendo nenhuma alusão ao administrador judicial em relação à insolvência dos mesmos personagens, o art. 766, inciso I, do CPC de 1973 (em vigor por força do art. 1.052 do CPC atual) prevê que cumpre a tal ator funcional “arrecadar todos os bens do devedor, onde quer que estejam, requerendo para esse fim as medidas judiciais necessárias”. Não se trata de *interpretação extensiva*, pois a legislação trata do assunto, muito embora de forma fracionada, situação que justifica que ocorra o *acoplamento*, pois a superfície comum permite a *atração*.

Note-se, contudo, que diante da imperfeição do texto do art. 616 do CPC, em alguns momentos a técnica do *acoplamento por atração* não se mostra suficiente para esclarecer o alcance do rol fixado no dispositivo. Em exemplo, não consta no inciso VI do art. 616 do CPC a legitimação do credor do cônjuge/companheiro sobrevivente (não herdeiro) para a instauração do inventário *causa mortis*, muito embora seu patrimônio esteja juridicamente alcançado (inclusive em totalidade) pela sucessão (comum em casamentos/uniões estáveis com regime de comunhão universal – arts. 1.667 e 1.829, inciso I, do CC), situação que autoriza a interpretação extensiva da regra legal. O dispositivo em voga (art. 616, inciso VI), além da óbvia referência ao credor do autor da herança, faz apenas alusão à legitimação apenas do “credor do herdeiro e/ou do legatário”. Na hipótese, justifica-se a extensão interpretativa ao credor do cônjuge/companheiro sobrevivente quando o inventário servir de plataforma para dimensionar a meação correspondente, pouco importando a posição do sobrevivente como herdeiro ou legatário.

Da breve exposição, percebe-se que a simbiose de modelos legais – que marca o *acoplamento por atração* – é um procedimento muito mais simples do que a interpretação extensiva, porquanto a última reclama exercício que busca a extração de significado e de alcance da letra da lei, ao passo que na primeira hipótese basta o perfilhamento de normas. Sem prejuízo de tal identificação, fica evidenciado que o rol do art. 616, muito

embora tratado como *taxativo*, é permeável ao *acoplamento por atração* e à interpretação extensiva, cenário que indica que a legitimação *concorrente* e *disjuntiva* para instauração do inventário *causa mortis* é “mais ampla” do que se extrai da leitura dos textos do art. 615-616. Tal constatação, em arremate, reforça a afirmação efetuada no início do ensaio acerca da existência de ambiência para a ocorrência da litispendência na instauração de inventários sucessórios.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**: teoria geral do processo de conhecimento, vol. I. São Paulo: RT, 1972.

ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**: teoria geral do processo de conhecimento, vol. II. São Paulo: RT, 1972.

ALVIM, Arruda. ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Petrony, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *In*: **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

CAHALI, Francisco José; AZEVEDO, Renato Santos Piccolomini de. **Código de Processo Civil Anotado**. José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes

Dotti e Sandro Gilbert Martins (coords.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo**: parte geral: comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**, vol. 4 (processo coletivo). 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil**. Arts. 890 a 1.220. Rio de Janeiro. José Konfino Editor: Rio de Janeiro, 1974.

GALDINO, Flávio. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º da LIA). **Revista Forense**, v. 400. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha**. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Ricardo Alexandre da; LAMY, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume IX (artigos 539-673). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, José Augusto Garcia de. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.

Rodrigo Mazzei

Doutor (FADISP) e mestre (PUC-SP), com pós-doutoramento (UFES)
Professor (graduação e mestrado) da UFES
Líder do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI - UFES)
Ex-Juiz do TRE-ES (classe dos juristas)
Advogado

Tiago Figueiredo Gonçalves

Doutor e Mestre pela PUC/SP
Professor (graduação e mestrado) da UFES
Coordenador da Graduação da UFES
Professor do UNESC
Advogado

A NECESSIDADE DA VALORIZAÇÃO DA
SOLUÇÃO DE CONFLITO NA ESFERA
ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO
DE ANÁLISE DO INTERESSE DE AGIR

Ana Flávia Borges Paulino

Joel Ilan Paciornik

Autores Convidados

**A NECESSIDADE DA VALORIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONFLITO
NA ESFERA ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE ANÁLISE DO
INTERESSE DE AGIR**

***THE NEED TO VALUE CONFLICT RESOLUTION AT THE ADMINISTRATIVE
LEVEL AS A MECHANISM FOR ANALYZING THE INTEREST IN ACTING***

Ana Flávia Borges Paulino

Joel Ilan Paciornik

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ATOS ADMINISTRATIVOS E O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO ATO NORMATIVO DA ANATEL. 3 A ANÁLISE DA JURISDIÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS. 4 NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO DECORRENTES DA REGULAÇÃO DA ANATEL. 5 POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO DA ANATEL. 6 ANÁLISE DO INTERESSE DE AGIR NAS DEMANDAS JUDICIAIS. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

As agências reguladoras no Brasil foram criadas na década de 90, com atribuição legal normativa de solução de conflitos, fiscalizatória e sancionatória. Assim, ao proferir suas decisões, cria-se para o mundo jurídico um ato administrativo abarcando os conceitos e delimitações referentes à respectiva natureza jurídica deste. O sistema francês de contencioso administrativo trouxe diversas nuances acerca da preferência em se possuir uma jurisdição unicamente administrativa. Embora nossa Constituição Federal, nos moldes atuais, não permita a recepção de tal modelo, inúmeros fundamentos utilizados pelo sistema francês podem ser adaptados e aplicados no Brasil, tal como uma etapa precedente do processo judicial sendo verificado como comprovação do interesse de agir das partes em lides nas quais se discutem decisões proferidas por entes regulatórios, vez que

tais entidades possuem *expertise* para dirimir os conflitos a eles submetidos, devendo o Poder Judiciário se acautelar antes de modificar o mérito dos julgados administrativos. Com isso busca-se, por meio da análise detida da argumentação apresentada, tendo como exemplo a Anatel, melhorar o fluxo de processos diariamente ajuizados perante o Poder Judiciário e diminuir a judicialização dos atos administrativos emanados pelas agências reguladoras.

Palavras-chave: Regulação; contencioso; decisão administrativa; interesse de agir; judiciário.

ABSTRACT

Regulatory agencies in Brazil were created in the 1990s, with legal normative, conflict resolution, enforcement and sanctioning powers. Thus, when making its decisions, an administrative act is created for the legal world, encompassing the concepts and delineations related to its legal nature. The French system of administrative litigation brought several nuances about the preference of having a purely administrative jurisdiction. Although our Federal Constitution, in the current molds, does not allow the reception of such a model, several fundamentals used by the French system can be adapted and applied in Brazil, such as a preceding stage of the judicial process being verified as proof of the parties' interest in acting in disputes in which decisions made by regulatory entities are discussed, since such entities have the expertise to resolve the conflicts submitted to them, and the judiciary must take care before changing the merits of the administrative judges. With this, we seek, through the analysis of the arguments presented, using Anatel as an example, to improve the flow of daily lawsuits filed with the Judiciary and to reduce the judicialization of administrative acts issued by regulatory agencies.

Keywords: Regulation; litigation; administrative decision; interest to act; judiciary.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil teve diversas reformas econômicas nos idos dos anos 90 que passaram a envolver transformações estruturais que consideravam a situação do Estado à época, vez que este se apresentava grande e ineficiente.

Assim, a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização foram alterações pelas quais passou o país, florescendo o surgimento das agências reguladoras que viriam a atuar como instrumento de ação estatal (NASCIMENTO; MENDES; FILHO *et al.*, 2013).

A desestatização foi, *a priori*, o principal fator que alavancou o Brasil a se tornar um Estado Regulador, tendo sido debatida desde o Programa Nacional de Desestatização apresentado diante da promulgação da Lei nº 8.031/90, que viria a ser revogada pela Lei nº 9.491/97.

Contudo, apesar de ter sido um fato de alavancagem da regulação por agência, ele não é requisito para a existência de tal modelo regulatório, tendo aqui como ilustração a Anvisa, criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que foi criada para regular atividades a serem executadas por instituições da Administração Pública direta e indireta em todas as esferas de poder.

Assim, aprofunda-se a discussão no início de 1995 à delimitação de critérios que visavam a organizar a economia voltada a que o Estado se tornasse também regulador dos serviços públicos, além de promover políticas sociais (FARIAS; RIBEIRO, 2002).

Neste momento apresenta-se em debate nos meios jurídicos a instituição de uma necessária regulação, que se daria perante a criação de autarquias aptas a realizar uma intervenção estatal neste novo cenário que se criava.

Mister se faz ressaltar que o conceito de regulação não se deu de forma unívoca no Direito Administrativo brasileiro e muitas das vezes foi colocado no sentido semelhante de regulamentação, colocando toda a atividade regulatória como simples edição de ato normativo, posicionamento incorreto, vez que o conceito de regulamentação é mais abrangente que o de regulação (DI PIETRO; KLEIN; MARQUES NETO, 2019).

Lopes (2018) traz interessante confluência de características que nos permitem construir uma concepção de regulação, entendendo esta como uma atividade estatal com intuito de suprir imperfeições de

mercado, substancialmente se concretizando mediante a junção de medidas legislativas, administrativas e convencionais, devendo possuir atividade especializada para que o Estado possa intervir em decisões privadas, adequando-as ao interesse público por meio de oferta de um bem ou serviço de interesse público.

Diante desta noção terminológica, percebeu-se que tal desiderato poderia ser constituído através da criação de agências especializadas, que trariam olhares de investimentos privados ao país, com vista a garantir o crescimento da economia e ao mesmo tempo resguardando direitos mediante o controle estatal por meio da intervenção institucional.

Foram apresentadas propostas quanto à forma que se daria o novel modelo regulatório, colocando o órgão regulador em posição equidistante em relação ao poder concedente (no caso o governo), às concessionárias e aos usuários dos serviços regulados (PECI, 2007), buscando simplificar essa relação mediante a participação dos interessados na confecção normativa que viriam a nortear a atuação do ente regulado.

Eventual instituição que tratasse desse *modus operandi* regulatório deveria ter sua competência minuciosamente delimitada pelo Estado regulador, que se ateriam ao fato de que regular não é somente criar normas e regras a serem cumpridas pelos prestadores de serviços públicos, no intuito de beneficiar os consumidores-usuários, mas engloba diversos outros fatores precípuos, tais como a fiscalização, o ato de ordenar e sancionar e, além de tudo, buscar incentivar as boas práticas aos participantes da relação formada (BAPTISTA, 2015).

No Brasil, o legislador buscou inspiração nos modelos já desenvolvidos em outros países, em especial nos Estados Unidos, onde os primórdios de uma entidade regulatória surgiram em 1887 com a *Interstate Commerce Commission* (GUERRA; MONTEIRO, 2007).

Pontua-se que, nosso Estado, por ser considerado um Estado Democrático de Direito, deve se submeter à própria ordem que o consubstancia, seja pela Carta Magna ou pela legislação ordinária que, por sua vez, submete-se aos preceitos constitucionais (CAMMAROSANO, 2017).

Assim, a estruturação dos entes de regulação teve previsão na Constituição Federal vigente que, justificando que a regulação seria então uma atividade estatal, traz em seu art. 174 a delimitação de que o estado desenvolverá, além da regulação, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Outrossim, o conceito de regulação tal qual analisaremos possui aproximação com o de uma técnica de intervenção estatal na estrutura econômica e social (CLARK, 2009), vez que a formação das agências com caráter regulatório deu-se em um momento de reforma do Estado, buscando criar um novo modelo de gestão no intuito de também modernizar a estrutura estatal. (ÁVILA; SAMPAIO, 2002).

Deste modo, criaram-se as agências reguladoras que possuem além dos poderes já constitucionalmente delimitados, a atribuição legal para editar normas técnicas, deliberar acerca das tarifas a serem por ela fixadas, fiscalizar e punir os entes regulados (CLARK, 2009). Ainda competiria a elas as atribuições de outorga de direitos (como concessões, por exemplo), a solução de conflitos, em âmbito administrativo, bem como servir como promotor da participação e do controle social, quando da realização de consulta pública e de audiência pública (MEDAUAR, 2002).

Para isto, a essas agências reguladoras, devem ter-lhes outorgado certo nível de independência, caracterizada por meio das autonomias financeira, técnica e administrativa, essenciais para que exerçam suas competências setoriais (ARAGÃO, 2000).

Esta independência quanto às decisões a serem proferidas, outorgam a elas a consecução de seus intentos sem intervenções políticas ou pressões do poder econômico, devendo as deliberações ser proferidas por órgãos colegiados e, no âmbito jurídico, esse caráter multifacetário da agência reguladora é apresentado como um resultado da outorga de competência normativa para deliberar, no setor que atua, acerca de um determinado tema (FARIAS; RIBEIRO, 2002).

Com isso, faz-se importante destacar que, no Brasil, as agências reguladoras possuem natureza de autarquias de regime especial, vez que dispõem de uma maior autonomia, ultrapassando a liberdade da autarquia comum (ÁVILA; SAMPAIO, 2002).

Conforme dispõe Silva (2014), a Constituição Federal fez constar expressamente a existência de dois órgãos reguladores a partir das emendas constitucionais nº 8/95 e nº 9/95, não estando na previsão do constituinte derivado a presunção de independência, nem da terminologia de “agência”. Estas expressões, bem como a natureza jurídica de autarquia em regime especial, vieram com a regulamentação das entidades pelo legislador ordinário.

Destarte, aponta-se ainda que a autonomia das agências reguladoras é relativa diante do entendimento de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário. Tal subjugação destes entes ao juiz pode resultar numa minimização da força e da própria eficácia dos atos emanados, sendo certo que a melhor solução seria somente permitir que o questionamento judicial se dê diante da ocorrência de vícios formais do ato administrativo (SOUTO, 1999).

Para o deslinde conclusivo do trabalho é importante estabelecer as premissas necessárias ao entendimento da questão sobre o aprofundamento que o Poder Judiciário brasileiro pode e deve realizar quando da análise da aplicação de normas administrativas expedidas pelas entidades de regulação do país no exercício da jurisdição, sem que haja uma usurpação da figura do regulador com uma imersão indesejável e desconsiderando os elementos que embasaram a tomada de decisão administrativa.

Para isto serão realizadas breves e não exaustivas análises sobre os atributos dos atos administrativos normativos e o processo de formação destes, margeando pelo contencioso administrativo do modelo francês e culminando na (des)vantagem do processo judicial brasileiro.

Neste artigo, trazemos uma análise da Agência Nacional de Telecomunicação - Anatel, criada pela Lei nº 9.472/97, que apresenta suas competências no artigo 19 do diploma, ressaltando que ela deve atuar com independência técnica, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, pressupostos que devem ser analisados conjuntamente com o que dispõe a Lei nº 13.848/2020, a fim de teorizar melhor como deve se dar a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Por conseguinte, esta nova lei, como nos lembra Fachin e Silva (2020), traz alterações importantes e contributivas à melhoria do processo regulatório de responsabilidade das agências reguladoras, construindo decisões transparentes, sendo na verdade a concretização através da normatização de antigos anseios de aperfeiçoamento destes entes regulatórios.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS E O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO ATO NORMATIVO DA ANATEL

Os atos administrativos, que são emanados da Administração Pública, possuem forma variada de acordo com o regime jurídico-administrativo imposto, mas visando sempre à satisfação do interesse público (FILHO, 2020).

Importante destacar que serão analisados os efeitos destes atos que se dão no meio jurídico dos particulares, sendo externo ao contorno do aparelho estatal (AMARAL, 2008) e exercido no desempenho de função administrativa (JUSTEN FILHO, 2018).

À vista disso, apesar de algumas divergências, é possível considerar que a sentença proferida por um magistrado e o ato administrativo têm, em sua essência, os mesmos efeitos e forças, bem como se encontram em patamar similar quanto à posição dominante que ambos ocupam, considerando ainda que são demonstrações do exercício de diversas funções pelo Estado (MOTTA, 2002).

Assim, por ser oriundo da própria Administração ou de quem lhe faça as vezes, tem-se que o ato administrativo é uma manifestação unilateral, com estrita obediência ao princípio da legalidade.

Expõe-se também que os atos administrativos possuem como características principais a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

Analisando-se estes atributos, temos que na presunção de legitimidade – que seria *juris tantum*, vez que relativa - há que se destacar que o agente que profere o ato é, ou pelo menos deveria ser, capaz e competente.

A presunção de legitimidade é de extrema importância ao ato, vez que assim poderá oferecer efeitos vinculantes a terceiros e torna presumível que sua temática seja compatível com o direito (JUSTEN FILHO, 2018).

Já a imperatividade como característica do ato administrativo demonstra seu caráter injuntivo, com compleição impreterível de ter o interesse público como principal essência de seu próprio roteiro, considerando que no caso de ato normativo, deve impor seus comandos a todos os abrangidos pela competência da agência reguladora.

Outrossim, enquanto a exigibilidade oferece à própria Administração Pública a possibilidade de exigir de terceiros o cumprimento do ato decidido, podendo inclusive aplicar sanções anteriormente previstas, a autoexecutoriedade apresenta concepção importante ao conceder ao ato caráter de imediata aplicação, não necessitando ser submetido ao Poder Judiciário para que este lhe ateste a possibilidade de consumação.

Diante dessas particularidades, temos que as agências reguladoras detêm as aptidões necessárias para a expedição de atos administrativos, caracterizados pelas individualidades listadas acima.

Deste modo, tem-se a função regulatória como sendo o poder normativo que é exercido pelas agências reguladoras na sua específica atividade de regulação, podendo ser definido como uma capacidade que garante a expedição de normas com incidência geral, que possuem caráter abstrato e impessoal (CARVALHO FILHO, 2006).

Assim, como forma concreta de se visualizar os atos administrativos tratados no presente artigo e as características acima delineadas, cita-se previsão no Regimento Interno da Anatel de como se formarão os atos de caráter normativo da agência, ressaltando que estes serão resultados de um denso processo administrativo normativo que culminará na expedição de Resoluções, sendo o art. 62, *in verbis*:

Art. 62. Os atos de caráter normativo da Agência serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva do Conselho Diretor, observado o disposto nos arts. 59 e 60, relativos aos procedimentos de Consultas Pública e Interna, respectivamente.

Parágrafo único. Os atos de caráter normativo a que se refere o *caput*, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório.

Para que ocorra a formação do ato administrativo normativo devem concorrer simultaneamente os requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sendo que seria considerada a competência para a prática de um ato administrativo atribuída ao agente através de lei, tendo como finalidade sempre o interesse público, em forma prevista normativamente, devendo possuir objeto delimitado no próprio conteúdo do ato, constando motivo para que seja realizado o ato, sendo no caso da Anatel, a própria análise do impacto regulatório.

A Lei nº 13.848/2019 reforça os requisitos que devem ser observados para a formação dos atos decisórios das Agências:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Os sujeitos a serem atingidos pela norma devem ser considerados em caráter impessoal e abstrato, diversos fundamentos são buscados através de um controle social (por exemplo a realização de audiências públicas), para tornar a participação da sociedade na formação do ato administrativo normativo uma composição, visando de forma pormenorizada que o ente regulatório possa atender com presteza a finalidade precípua que é o interesse público.

Deste modo, no processo normativo constarão fundamentos suficientes para a tomada da decisão colegiada que culminará na norma, ato administrativo, que vinculará o setor regulado. Assim, restarão comprovados no processo a ponderação às soluções possíveis e os impactos previstos, bem como o motivo de fato e de direito para a escolha do regulador.

Isto é importante ser considerado, pois o regulador exerceu um critério para a análise de todas as questões técnicas relevantes, adotando aquela que se enquadra melhor no âmbito da razoabilidade e da proporcionalidade da medida, bem como avaliou seus impactos aos agentes econômicos como um todo e isto fica, ou deveria ficar, registrado no processo administrativo que culminou na norma.

3 A ANÁLISE DA JURISDIÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

A Revolução Francesa, que ocorreu no século XVIII, trouxe os aspectos basilares para a construção da Jurisdição Administrativa na França e expressou a ideia de que, se os processos administrativos fossem julgados por órgãos de jurisdição judiciária, acabar-se-iam tumultuando o próprio exercício da função administrativa, comprometendo a independência do Poder Público (BACELLAR FILHO, 1998).

Assim, tais discussões deram ensejo para que a França instaurasse uma jurisdição bipartida (justiça administrativa e justiça judicial), tendo-se, nos idos de 2001, a entrada em vigor do Código de justiça Administrativa, apresentando as regulamentações da jurisdição administrativa.

As características do sistema francês transcendem a simples divisão da jurisdição, cuja existência busca garantir, aos que dela fizerem uso, a presença de julgadores com experiência na resolução de conflitos de cunho administrativo, fazendo presentes críticas a este modelo acerca da aplicação do princípio da igualdade entre Poder Público e cidadão, considerando-se até mesmo que a jurisdição administrativa francesa poderia ser considerada como um privilégio, constituindo um verdadeiro direito de exceção (BACELLAR FILHO, 1998).

Assim, esta jurisdição bipartida assegura a separação dos poderes, consolidando-se na criação do sistema administrativo jurisdicional francês em 1933, abolindo a figura do administrador-juiz, tornando-se uma justiça administrativa especializada (MOSCON, 2009).

À vista disso, podem-se apresentar alguns motivos para a necessidade da existência de um contencioso administrativo, como: a razão política, para que o Poder Executivo não se submeta à ingerência do Poder Judiciário; a presença de uma competência especial destinada a receber os pleitos administrativos; a indispensabilidade de uma decisão rápida e eficaz que os assuntos administrativos requerem, e a experiência que permeará o sistema contencioso (LENTINI, 1939, p. 5 apud JUNIOR, 1971).

Assim, desenvolveu-se para o contencioso administrativo francês procedimento singular que regulamentaria o trâmite dos processos na jurisdição formada.

O contencioso administrativo difere da jurisdição judicial francesa, sendo que esta se divide em cível e criminal.

Importante esquema que traz detalhadamente como se dá a jurisdição administrativa na França foi apresentado por Pinto (2008).

Nele a autora expõe graficamente os entes que constituem a formação do contencioso administrativo, ressaltando que existem jurisdições especializadas mediante competência firmada em lei e que caso ocorra conflito de competência ou de conflito de decisões entre a jurisdição administrativa e a judicial serão estes resolvidos pelo Tribunal de Conflitos, presidido pelo Ministro da Justiça.

Em geral, tem-se que os Tribunais Administrativos são a primeira instância da jurisdição estudada e são aptos para conhecer das demandas apresentadas em desfavor da Administração Pública.

As Cortes Administrativas de apelação possuem então competência para tratar de recursos nos quais o tema se refere aos contratos administrativos - em especial a responsabilidade social da Administração Pública - conhecendo assim as apelações interpostas contra as decisões proferidas pelos Tribunais Administrativos.

Por fim, apresenta-se o Conselho de Estado, ente competente para julgar pleitos de cassações quanto às decisões proferidas pelas Cortes Administrativas de apelação e das jurisdições especializadas, e também as apelações, estas com delimitações específicas, dentre elas, a competência para julgar as matérias que não pertençam às Cortes Administrativas de apelação por exceção e casos de decisões que envolvam eleições municipais. Pode ser ainda primeira e última instância quando trata de questões de litígios definidos normativamente, podendo ainda possuir atribuição consultiva (não vinculativa) em qualquer matéria de ordem administrativa ou jurídica e, inclusive, em projetos de lei de titularidade do Presidente da República.

Outrossim, Jordão (2017) expressa o aspecto revolucionário deste Conselho, vez que deu origem à concepção da evolução do controle perante os elementos do ato administrativo e criou normas basilares implícitas para aplicar esse controle.

Assim, diante desta jurisdição administrativa autônoma, tem-se uma especialização do controle dos atos administrativos, podendo apresentar através de procedimentos diversos da esfera judicial comum, maior agilidade e presteza na prestação jurisdicional.

Com isso, nos coloca Moscon (2009) que, para que a preservação da separação de poderes aconteça, o Judiciário não deve julgar atos da administração pública, não podendo imiscuir-se na atividade administrativa, dirimindo litígios que versem matéria de direito administrativo. Ademais ressalta que, diante deste posicionamento, com o passar do tempo, esses tribunais administrativos franceses tornaram-se fonte de ideias perquiridas no âmbito do Direito Administrativo.

No país, com a Constituição Federal vigente torna-se impossível importar-se o modelo francês. No entanto, há que se partir da análise dele a fim de aperfeiçoar o procedimento para edição de atos da agência reguladoras, podendo estas dar início ao processo de resolução dos conflitos setoriais de que seja responsável, fazendo com que a decisão deste processo possua valoração em um eventual processo judicial.

4 NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO DECORRENTES DA REGULAÇÃO DA ANATEL

Na data de 13 de outubro de 2020, possuía-se como processos ativos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, mediante consulta pública no site da respectiva Corte, tendo como parte a Agência Nacional de Telecomunicações, o número de 287 (duzentos e oitenta e sete) processos.

Se ampliarmos nossa pesquisa para processos também baixados, esse número aumenta para 3020 registros, número expressivo considerando apenas uma agência reguladora a se ter como entidade pesquisada.

Ressalte-se, a título de debate, que em consulta ao site do governo do Brasil, temos listadas 10 agências reguladoras federais, dentre elas a Anatel. Devemos lembrar que o nosso país ainda possui agências reguladoras distritais, estaduais, municipais e interfederativas.

Se for levado em consideração ainda, os processos oriundos de conflitos entre os usuários e os prestadores de serviços de telefonia regulados, o número de processos passaria à casa de dezenas de milhares.

Logicamente as agências não são as maiores litigantes que permeiam os bancos do Judiciário, mas em face destes dados, podemos considerar o número de processos que hoje adentram esse Poder, discutindo-se, muitas das vezes, a aplicação dos atos administrativos normativos cujo mérito está tecnicamente analisado no âmbito das entidades de regulação.

Além de se ponderar acerca do número de demandas expressivamente consideradas, há que se discorrer acerca do risco de trazer aos órgãos julgadores a verificação do mérito de decisões tomadas pelas agências reguladoras, em vez de deixar ao âmbito administrativo a competência para dirimir tais questões.

Seguindo esse entendimento, Arruda (2017) expõe que, caso seja necessária uma revisão judicial, ficaria esta limitada somente às hipóteses em que se discute ilegalidade ou ofensa ao princípio da razoabilidade.

Não se pretende, diante do exposto, defender a redução do poder jurisdicional do Estado exercido pelo Poder Judiciário, mas estabelecer uma crítica à necessidade de uma análise mais criteriosa do interesse de agir dos autores de processos oriundos de conflitos administrativos, cujo objeto seja a aplicação de uma norma expedida pelas Agências de Regulação.

Isso porque há que se destacar que este controle judicial do ato proferido deve ocorrer da consideração de uma análise expandida da própria ideia de legalidade, para que se possa, utilizando-se da discricionariedade como subterfúgio, verificar se o administrador incorreu ou não em ilegalidade, devendo reputar ainda que o controle deve se restringir aos elementos jurídicos, no intuito de respeitar a separação dos poderes (SILVA, 2015).

Essa ideia apresentada da tripartição dos poderes apresenta nuances quanto à análise do limite do controle a ser impellido ao Poder Judiciário quando realizar a avaliação de atos administrativos nos quais as agências reguladoras já analisaram tecnicamente o mérito, cabendo destacar a aplicação do princípio da reserva de administração.

Segundo Macera (2014), este instituto traz uma proteção já garantida por meio de normas constitucionais implícitas ou explícitas, para que seja realizado o cumprimento por excelência dos papéis institucionais do Poder Executivo e da Administração Pública quando realizar suas funções administrativas e prerrogativas.

Ademais, este princípio constitucional da reserva da administração acaba por limitar a atuação legislativa quanto às matérias de competência do Poder Executivo, por opção do próprio poder constituinte (SILVA, 2014), culminando na análise de qual seria o alcance do controle judicial das próprias agências.

Analogicamente considerando, há que se destacar que a Constituição Federal também traz em seu art. 21, inciso XI, a ideia da necessidade de criação de um órgão regulador quando a União exercer sua competência de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações.

Perante tal previsão, surgiu a Anatel, que traz no art. 38 de seu Regimento Interno o dever da agência de emitir decisão explícita nos processos administrativos.

Assim, temos que os atos administrativos decisórios da respectiva agência reguladora se darão por meio do trâmite de processos

administrativos, que obedecerão, portanto, aos dizeres da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que regula as normas básicas para a ocorrência de correto procedimento.

Diante das normas vigentes, pode-se dar ensejo à discussão acerca da ilogicidade de o Poder Judiciário rever o mérito de todas as decisões proferidas pela agência reguladora, substituindo o administrador público.

Outrossim, porque para que o processo administrativo que culminará na edição de ato decisório a ser emitido pela Anatel possa ocorrer, ele deverá obedecer rigorosamente a procedimento prévio devidamente contido em norma, no qual será concedido às partes direito ao contraditório e ampla defesa conforme previsão constitucional contida no art. 5º, inciso LV, de nossa Carta Magna, devendo as decisões de mérito ser motivadas, destacando-se que estas poderão tramitar em até três instâncias administrativas que estarão aptas a assegurar o cumprimento das regras legais.

Ademais, a Anatel, como as demais agências reguladoras federais, possui corpo técnico especializado, admitido mediante concurso público, devidamente apto a analisar os pormenores de eventuais reconhecimentos de direitos ou aplicação de sanções, que terão níveis recursais até o colegiado máximo da agência.

Este domínio de conceitos técnicos segundo Roman (2014) sobre as decisões a serem emitidas tem o intuito de conceder maior certeza ao ato, não se autorizando neste sentido o manuseio de tais formulações previstas nas normas específicas, quer seja pela Administração ou pelo Poder Judiciário – este diante de um controle da legalidade – mesmo que se considere que as razões utilizadas caracterizem-se por baixa densidade normativa.

Nestes termos, cabe expor que, quando ajuizada ação perante o Poder Judiciário em desfavor da Anatel no simples intuito de rever o mérito das decisões proferidas pelo ente regulatório, há que se considerar o aperfeiçoamento do tema analisado no ato mediante *expertise* própria já perquirido anteriormente pela agência, que possui especialidade e capacidade técnica para tanto.

Assim, deve-se discutir a delimitação de parâmetros nos quais o Poder Judiciário se imergirá nas agências reguladoras, vez que se isto acontecer perante preceitos pré-definidos contribuirá para que o controle judicial se torne um fator de legitimação das agências, e não em artifícios que usurpem suas funções constitucionalmente definidas (VASCONCELLOS, 2019).

Isso porque, se o controle judicial for realizado de forma eficaz dentro das delimitações a ele destinadas, acabará por diminuir as falhas de regulação, aperfeiçoando a própria regulação econômica e assegurando a autonomia das agências e, inclusive, arbitrando os conflitos regulatórios, tudo no intuito de verdadeiramente afastar a ausência de priorização do bem comum diante do exercício do poder estatal (SILVA, 2014).

Insta destacar assim que cabe ao órgão julgador analisar a validade dos atos praticados pelas agências reguladoras, quando evidenciado que o ato ou o processo de que ele se emanou podem estar eivados de ilegalidade ou que eles não atenderam aos princípios da moralidade, eficiência e razoabilidade, devendo o Poder Judiciário afastar-se de transmutar as decisões técnicas produzidas (FIGUEIREDO, 2004).

Sob este viés, Fonseca e Santos (2020) expõem que, quando o órgão julgador pretende avaliar decisão proferida por ente regulador com conteúdo complexo e evidentemente técnico – os autores citam a título de exemplo o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) – a tendência é a de que seja acolhida uma postura de maior sujeição judicial ao regulador, dada à presença de conhecimento técnico específico deste quanto ao conteúdo a ser analisado.

Considerando-se assim, que no âmbito do ordenamento legislativo no Brasil tem-se concreta previsão legal acerca das delimitações de atuação da agência reguladora, e seguindo esta os meandros da lei, há que se considerar o órgão julgador pertencente ao Poder Judiciário atual a necessidade de legitimar seus atos reconhecendo o poder normativo ao ente regulador.

5 POSSIBILIDADE DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO DA ANATEL

Na esfera administrativa da Anatel, existem duas vias de ingresso de demandas, o primeiro dado a entidades reguladas e outro destinado aos usuários.

O direito de petição foi constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso XXXIV, podendo se dar para defesa ou de direitos ou contra ilegalidade e abuso de poder.

A apresentação da petição é o mecanismo pelo qual o cidadão-usuário poderá ter acesso à Administração Pública que, por sua vez, criou um canal específico de atendimento deste interessado que é a Ouvidoria, garantindo a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 em seu art. 11, que em nenhuma hipótese poderá ser recusado o recebimento das manifestações formuladas nos termos da respectiva norma.

Considerando-se assim que o cidadão exige a prestação de serviços públicos de qualidade, mister destacar também que ele deseja participar de várias formas, tornando-se a Ouvidoria um real canal de intercomunicação, buscando aproximar o indivíduo da instituição (GONÇALVES, 2012).

Destarte, torna-se a Ouvidoria uma unidade que se destaca por uma contínua busca de melhorias nas relações entre os interessados, que se utilizam dela para que possam dialogar no espaço público ou privado, possuindo como cerne de sua visão o aprimoramento contínuo da qualidade da governança corporativa (SANTOS, 2016).

Com essa intenção, a Anatel prevê no art. 138 de seu Regimento Interno uma Ouvidoria que deve acompanhar a atuação da Agência, desempenhando seu papel com independência, não tendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes.

Portanto, o interessado pode também recorrer à Ouvidoria como uma forma de obter atendimento do ente regulatório, garantindo desta forma um tratamento individual e personificado de sua solicitação caso não tenha seu problema resolvido perante o ente regulado.

Como mais um meio de solucionar conflitos, o Regimento Interno traz ainda a Reclamação Administrativa, pela qual, nos termos do art. 103, o consumidor de serviços de telecomunicações poderá reclamar perante a Superintendência de Relações com os Consumidores, caso entenda que teve algum direito violado:

Art. 103. O consumidor de serviço de telecomunicações que tiver seu direito violado poderá reclamar contra a prestadora perante a Superintendência de Relações com os Consumidores, observado o procedimento disposto neste artigo.

§ 1º A reclamação do consumidor poderá ser formulada pelos canais de comunicação destinados pela Agência para esta finalidade e deverá conter a identificação do consumidor e da prestadora, a descrição dos fatos e a comprovação de tentativa de resolução do problema junto à prestadora.

§ 2º Recebida a reclamação, a Agência fornecerá ao consumidor número de protocolo de atendimento e informações sobre a forma de tratamento de sua demanda, cujo tratamento empregado pela Prestadora e resultado alcançado devem ser comunicados ao consumidor e à Anatel.

Surge ainda a possibilidade de utilização da figura da mediação no setor público, que atualmente é regulamentada pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

A mediação intenta, em um ambiente neutro, oferecer às partes a possibilidade da resolução de conflitos. Busca, ao tentar resolver o impasse proposto, uma comunicação harmoniosa entre as partes, vez que preza pela autonomia destas quanto à expectativa de um eventual acordo.

A Anatel traz ainda nos arts. 93 e 94, de seu Regimento Interno, o detalhamento do procedimento de mediação que poderá ocorrer, apresentando ainda em seu art. 95 outra forma de solucionar conflito de interesses, agora entre prestadoras de serviços de telecomunicações, intitulado Arbitragem Administrativa.

Assim, diversos tipos de institutos que visam a solucionar conflitos estão à disposição nas agências reguladoras e, em especial, na Anatel, que buscam analisar a situação posta para que se possam dirimir litígios sem necessidade de buscar socorro primeiramente no Poder Judiciário.

6 ANÁLISE DO INTERESSE DE AGIR NA DEMANDAS JUDICIAIS

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), estabeleceu em seu art. 17 que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

A figura do interesse de agir da parte que postula está intrinsecamente ligada à utilidade que a parte obterá com uma decisão judicial de mérito, ainda que lhe seja entregue uma simples declaração do juízo.

Para o ingresso com uma demanda judicial, a parte deve demonstrar nos componentes fáticos elencados na inicial que se busca, na decisão judicial, uma utilidade, uma melhora na situação em que se encontra, e sem a entrega da tutela jurisdicional seu direito estar-se-ia em risco.

É neste ponto que a existência de um processo administrativo precedente, no caso, que tenha tramitado *interna corporis* da Agência Reguladora, e dela tenha extraído uma decisão fundamentada na interpretação de seus próprios normativos, pressupõe-se ter sido adequada à realidade do interessado e da constituição da própria norma, gerando repercussão na seara judicial.

Assim, quando da análise do interesse de agir, o Juiz de piso deve questionar se a inexistência de uma tentativa da solução do conflito no âmbito administrativo da entidade especializada esvaziaria o interesse de agir do autor.

Ainda, em existindo processo administrativo precedente, passa a ser dever do autor demonstrar claramente onde a decisão administrativa está eivada de vícios.

Com o exercício dos preceitos jurídicos existentes, aliado à valorização das decisões administrativas das entidades de regulação, duas consequências devem ser esperadas, quais sejam, a melhoria da solução de conflito no âmbito administrativo e a queda da jurisdicionalização dos conflitos oriundos do setor regulado.

7 CONCLUSÃO

Por diversas vezes, a parte possui meios de encaminhar seu conflito para ser examinado pelo ente regulador, que decidirá de forma técnica e especializada, além de dever possuir meios que garantam a celeridade dos processos de solução administrativa de conflitos, aliviando o Judiciário brasileiro, constantemente abarrotado com lides que poderiam ser mais bem resolvidas mediante procedimento administrativo anterior.

Pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, homenageado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser afastada da apreciação pelo Poder Judiciário.

No entanto, podemos ponderar, diante do exposto, que o limite desta análise a ser realizada pelo Poder Judiciário acerca da solução de conflitos oriundos da aplicação de norma administrativa, oriunda das Agências Reguladoras, deve se pautar pelo exame do real interesse de agir da parte, considerando que o mérito julgado se aperfeiçoou mediante verificação criteriosa e especializada já realizada pelo ente regulatório.

O órgão julgador assim deve se atentar para o fato de que a eficiência da regulação prestada, medida perante a autoexecutoriedade do cumprimento das decisões proferidas pela agência reguladora, além de afetar a própria legitimidade da regulação ao buscar resolver conflitos, fere o princípio da isonomia, vez que a decisão a ser proferida pelo Poder Judiciário aplicar-se-á somente às partes.

Neste intuito, debruçar-se sobre a bem sucedida experiência francesa no que tange ao contencioso administrativo pode trazer inúmeras consequências de aspecto positivo ao nosso ordenamento, para que se tenha a valoração do ente regulador como entidade com caráter normativo e

que profere decisões técnicas especializadas, podendo a agência reguladora atuar em parceria com o Judiciário quanto à análise de seus atos, realizando troca de experiências e conhecimentos técnicos, dada à *expertise* do ente regulador acerca de determinado tema, no intuito de se constituir uma forma de excelência na resolução das demandas que envolvam a análise do mérito administrativo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANATEL. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612#tituloIVcapI>. Acesso em: 15 out. 2020

ARAGÃO, Alexandre de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 37, n. 148, out./dez. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em: 30 set. 2020.

ARRUDA, Alexandre da Silva. Autoridades administrativas independentes: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. **Revista CEJ**. Brasília, ano XXI, n. 771, p. 137-145, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.12.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

AVILA, Marília de; SAMPAIO, Silva. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 227: 339, 347, jan.-mar., 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211: 6577, jan.-mar., 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 77, p. 15-21, jan./fev. 2013. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/55156/teoria_ato_administrativo_mello.pdf. Acesso em: 1 out. 2020

BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

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

BRASIL. Governo do Brasil. **Participação Social – Consultas Agências Reguladoras**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/participacao-social/consultasagencias-reguladoras>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, e altera leis que determina. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

CAMMAROSANO, Márcio. Da extensão do controle judicial da administração pública em face do princípio da moralidade administrativa. *In*: WALD, Arnold (org), et al. **O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 35, jan. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30623>. Acesso em: 5 out. 2020.

CLARK, Giovani. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. Biblioteca Digital **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/29726/regulacao_constituicao_brasileira_clark.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org). Parte IV - Regulação: a construção do modelo regulatório brasileiro. *In: Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. V.4. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Fernando Quadros da. Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. *In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (org.). Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

FARIAS, Pedro César Lima de; RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Regulação e os novos modelos de gestão no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 53, n.1, jul.-set. 2002, p. 4-165. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/290/296>. Acesso em: 30 set. 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo (org). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004. *E-book*.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Ed. 2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. *E-book*.

FILHO, R. D. S. C. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

FONSECA, Gabriel Campos Soares da; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Intervenção judicial e políticas regulatórias: Por uma análise institucional. *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (org.). **Direito Regulatório**: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Forum, 2020.

GONÇALVES, Hermenegildo Fernandes. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDF**. Brasília, nº 100, set./dez. 2012. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105799/ouvidoria_acesso_justica_fernandes.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

GUERRA, Evandro Martins; MONTEIRO, Suzana Rodrigues. Agências reguladoras e poder normativo. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, out. 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/31621/agencias_reguladoras_poder_Guerra.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *In*: WALD, Arnold (org), et al. **O Direito Administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017.

JUNIOR, Cretella. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 104: 30-48, abr.-jun. 1971.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo, vol. 1, n. 2, p. 333-376, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74332/83929>. Acesso em: 15 out. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Regulação e auto-regulação**. Belo Horizonte, n. 14, ano 4, maio 2002. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/33866/regulacao_auto_regulacao_medauar.pdf. Acesso em: 1 out. 2020.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. Breves notas sobre a história do contencioso administrativo do Direito francês e português no século XIX. **Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 7, n. 42, nov./dez. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64578>. Acesso em: 5 out. 2020.

MOTTA, Fabrício M. **A Origem e a Significação do Ato Administrativo no Estado de Direito**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, fev. 2002. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/44955/origem_significacao_ato_motta.pdf. Acesso em: 1 out. 2020

NASCIMENTO, C. V. D.; MENDES, F. M. -. M.; FILHO, I. G. D. S. M. **Tratado de Direito Administrativo 2**. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 6, Item 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitorebook:599951>. Acesso em: 30 set. 2020.

PECI, Alketa. Reforma regulatória brasileira dos anos 90 à luz do modelo de Kleber Nascimento. **Revista de Administração Contemporânea**. Curitiba, v. 11, n. 1, p. 1130, Mar. 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141565552007000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 set. 2020.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. O judiciário francês sob a ótica de um juiz brasileiro. **Revista da ESMARN**. Mossoró, v. 8, n. 1, p. 109-136, jan.-jun. 2008. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/29/1 9. Acesso em: 8 out. 2020.

ROMAN, Flávio José. Controle Judicial da Administração Pública Reguladora. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: v. 17, n. 64, abr.-jun. 2014. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000175369b94b63b36456f&docguid=Ib8332c40033c11e4833401000000000&hitguid=Ib8332c40033c11e4833401000000000&spos=2&epos=2&td=1857&context=106&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 de out. 2020.

SANTOS, André Luiz Lopes dos Santos. Ouvidorias: aprimorando a governança, prevenindo conflitos, melhorando relacionamentos e construindo sustentabilidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: v. 73, p. 95-117, jul.-set. 2016. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017536898bc9fafdcc4b&docguid=Ib6d0ceb07a3211e6b695010000000000&hitguid=Ib6d0ceb07a3211e6b695010000000000&spos=2&epos=2&td=292&context=73&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 de out. 2020.

SILVA, Thais Sampaio da. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo – Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html. Acesso em: 13 out. 2020.

SILVA, Fernando Quadros da. **Controle Judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359/45378>. Acesso em: 02 out. 2020.

VASCONCELLOS, Ingrid Carvalho de. **Limites ao Controle Judicial dos Atos Normativos Discricionários das Agências Reguladoras**. 2009. 30 f. (Trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Ana Flávia Borges Paulino

Doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília
Mestre em Direito, Regulação e Políticas Públicas pela Universidade de Brasília
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Uniderp
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia
Autora de livro e artigos
Analista judiciária no STJ

Joel Ilan Paciornik

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, atual Presidente da Quinta Turma
Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS: EM BUSCA DE UM DIÁLOGO
PERMANENTE, PROFUNDO E CRÍTICO

Anderson Santos da Silva

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DE UM DIÁLOGO PERMANENTE, PROFUNDO E CRÍTICO*

FEDERAL SUPREME COURT AND INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: TOWARDS A ONGOING, DEEP AND CRITICAL DIALOGUE

Anderson Santos da Silva

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 COMO É O DIÁLOGO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS? 1.1 UM DIÁLOGO ESCASSO. 1.2 UM DIÁLOGO SUPERFICIAL. 1.3 UM DIÁLOGO ACRÍTICO. 2 INVESTIGANDO AS CAUSAS DO PROBLEMA. 2.1 UMA QUESTÃO DE PREFERÊNCIA. 2.2 UMA QUESTÃO DE PODER 3 POR UM DIÁLOGO PERMANENTE, PROFUNDO E CRÍTICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Este artigo, buscando oferecer uma contribuição para o campo de estudos do Direito Constitucional, tem como objetivo analisar o diálogo praticado entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), enfatizando o ponto de vista do primeiro. Os dados foram coletados no banco de jurisprudência disponível na página eletrônica do STF e analisados à luz dos estudos sobre o comportamento judicial. As evidências encontradas indicam que o diálogo entre as cortes é escasso, superficial e acrítico. As causas dessa postura estão associadas a algumas preferências jurídicas dos ministros

*ARTIGO RECEBIDO EM 19.11.2020 E APROVADO EM 03.09.2021.

da corte constitucional brasileira e a um infundado receio de perder poder. É necessário, por conseguinte, buscar caminhos para que esse diálogo se torne permanente, profundo e crítico.

Palavras-chave: Diálogo transjudicial; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article, seeking to offer a contribution to the Constitutional Law field, aims to analyze the dialogue between the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, stressing the former's point of view. The data were collected in the case database available on the homepage of STF and they were analyzed in the light of the judicial behavior studies. The evidence found shows that the dialogue between these courts is scarce, superficial, and acritical. The causes of this behavior are associated to some justices' legal preferences and to some baseless fear of losing power. It is necessary to find ways to make this dialogue ongoing, deep, and critical.

Keywords: *Transjudicial dialogue; Federal Supreme Court; Inter-American Court of Human Rights.*

INTRODUÇÃO

Até a segunda metade do século XX, a proteção dos direitos das pessoas era um tema de interesse exclusivamente interno dos Estados. Um fato ocorrido durante uma sessão do Conselho da Liga das Nações, realizada em 1933, exemplifica bem como o assunto era tratado pelo direito internacional da época. Franz Bernheim, um alemão de ascendência judia, habitante da Alta Silésia, apresentou petição ao Conselho da Liga denunciando os decretos de Adolf Hitler que violavam disposições da Convenção Alemã-Polaca sobre direitos de minorias.

Compareceu à reunião como representante da Alemanha, Joseph Goebbels, o famoso ministro da propaganda nazista, que declarou que o tratamento das minorias era uma “questão puramente doméstica” e que

o “problema judeu” estava fora do mandato da Liga. A resolução adotada naquela sessão não proferiu qualquer condenação ao comportamento das autoridades alemãs, limitando-se a reafirmar a “esperança” de que todas as nações tratariam as minorias com justiça (LAUREN, 2011, p. 129-132). Estava dada carta branca ao governo alemão para tratar suas minorias como lhe aprouvesse e perpetrar as atrocidades que marcaram o século.

Somente depois do Holocausto é que a sociedade internacional caminhou para o desenvolvimento de um sistema global de proteção dos direitos humanos, assumindo que a tragédia poderia ter sido evitada se o mundo contasse com um conjunto de mecanismos que compelissem os Estados a respeitar os direitos das pessoas sob sua soberania. É verdade que o mundo já conhecia alguns precedentes que apontavam para a internacionalização da proteção dos direitos humanos (o direito humanitário, a proibição da escravidão, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho) (COMPARATO, 2006, p. 54; PIOVESAN, 2013, p. 183). No entanto, a construção da proteção global apenas foi deflagrada com a Carta das Nações Unidas, de 1945, que adotou “a promoção e o estímulo do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”, como um dos objetivos a serem alcançados com a cooperação internacional (artigos 1.3 e 55.c), o que, por sua vez, levou à aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A partir daí, além da criação do sistema global de proteção dos direitos humanos, foram sendo desenvolvidos sistemas regionais, como o europeu, o interamericano e o africano. O resultado desse processo é que os direitos das pessoas deixaram de ser objeto de proteção exclusiva dos direitos internos dos Estados, passando também a ser matéria do direito internacional. As violações dos direitos humanos, por conseguinte, passaram a ser judicializáveis tanto perante tribunais domésticos quanto internacionais. Nesse cenário, tornou-se cada vez mais frequente a solução

concomitante de questões idênticas ou parecidas nos âmbitos interno e internacional, fazendo emergir uma importante questão: como organizar a crescente interação entre cortes internas e internacionais?¹

Uma primeira possibilidade para a solução desse problema seria a manutenção do trabalho isolado dos tribunais domésticos e internacionais, como se fossem totalmente independentes uns dos outros. Entretanto, se admitirmos que o direito é um sistema social cuja principal função é manter estáveis as expectativas normativas (LUHMANN, 2016, p. 175), a convivência de decisões judiciais conflitantes, sem que existam critérios para a contemporalização desses conflitos, significaria uma ameaça grave à pretensão de coerência do sistema jurídico. Outra possibilidade seria a institucionalização de uma hierarquia entre as cortes, em que os tribunais internacionais se situassem em posição superior à dos nacionais. Essa possibilidade também parece inviável, porque implicaria uma limitação de soberania que os Estados dificilmente aceitariam. Um sistema hierárquico com os tribunais internos em posição de superioridade tampouco serviria, porque levaria a uma completa inutilidade das cortes internacionais, já que a jurisdição destas é, em regra, subsidiária em relação à das cortes internas (princípio do esgotamento dos recursos internos).

Diante da ausência de mecanismos formais que regulem a interação entre as diversas cortes internacionais e internas, essas passaram a buscar uma convergência jurisprudencial por meio de um intercâmbio de ideias, ou seja, pelo diálogo transjudicial. A literatura jurídica já vem sinalizando há alguns anos que juízes e tribunais do mundo inteiro estão gradativamente construindo uma comunidade global de cortes, caracterizada pelo diálogo transnacional, que ocorre tanto em suas decisões, por meio de

¹ Outros aspectos estão associados a essa crescente interação entre cortes internas e internacionais, como a multiplicação de tribunais internacionais ocorrida nos anos 90 e o aumento do fluxo transfronteiriço de pessoas, bens, serviços, informações etc., mas, para o escopo deste trabalho, é suficiente enfatizar a expansão da competência dos tribunais internacionais sobre questões de direitos humanos, que, como foi dito, antes eram da alçada exclusiva das cortes domésticas.

referências recíprocas, quanto em encontros pessoais de juízes (ALLARD, GARAPON, 2006; NEVES, 2009; ROMANO, 2009; SLAUGHTER, 2004)².

O objetivo deste trabalho é examinar o diálogo praticado entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), enfatizando o ponto de vista do primeiro. Não está incluído no escopo deste trabalho, portanto, o comportamento da Corte IDH em seu diálogo com as cortes nacionais. O procedimento utilizado para a coleta de dados foi a busca de acórdãos no banco de jurisprudência disponível na página eletrônica do STF. Os dados encontrados foram analisados à luz dos estudos sobre o comportamento judicial.

Para analisar o problema proposto, o artigo, primeiro, demonstra que o diálogo do STF com a Corte IDH é escasso, superficial e acrítico. Segundo, discute as possíveis causas desse comportamento. Por fim, considera alguns caminhos que possam levar o STF a estabelecer com a Corte Interamericana um diálogo permanente, profundo e crítico.

1 COMO É O DIÁLOGO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?

A fim de se identificar as características do diálogo do STF com a Corte Interamericana, foram examinados acórdãos do primeiro em que houve citação do segundo. A partir dessa análise, constatou-se que esse diálogo é escasso, superficial e acrítico.

1.1 UM DIÁLOGO ESCASSO

A constatação da escassez de conversação jurisprudencial no STF com a Corte Interamericana não é novidade na doutrina. Schäfer *et al*, por exemplo, já chamaram a atenção para o fato de que são “raras as

² Registre-se, a bem da verdade, que a chamada teoria da comunidade global de cortes tem sofrido diversas críticas, notadamente por sua escassa base empírica, como destaca George Galindo (2012).

situações em que a Corte brasileira tem realizado qualquer referência, em seus julgamentos, aos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” (2017, p. 219).

Para testar essa hipótese, foi feita uma pesquisa no banco de jurisprudência disponível na página eletrônica do STF com a entrada *corte prox1 interamericana*³. Foram encontrados apenas 51 resultados na categoria de acórdãos. Esse número incrivelmente baixo, porém, ainda não representa a quantidade real de citações da Corte IDH no STF, pois muitos desses resultados correspondem a votos que são repetidos pelos ministros em mais de um julgamento. Por exemplo, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que faz uma breve referência a um artigo que estuda o tema da execução penal antes do trânsito em julgado na jurisprudência interamericana, foi repetido em sete acórdãos⁴. O mesmo ocorre com um voto do Ministro Celso de Mello que cita um precedente da Corte IDH sobre a jurisdição militar, que aparece em oito acórdãos⁵. Há resultados que sequer representam uma citação da jurisprudência interamericana, pois a menção à Corte IDH é feita apenas para justificar a ausência de ministro que se encontrava em um evento por ela organizado⁶. No final das contas, o número de acórdãos com citações da jurisprudência da Corte Interamericana, excluindo-se os votos repetidos, é inferior a 30.

O resultado dessa pesquisa é um claro indicativo da baixa frequência do diálogo do STF com a Corte IDH, mas essa constatação pode ser reforçada se considerarmos que a busca de acórdãos com a entrada *direitos prox1 humanos* retorna 549 ocorrências. Em princípio, nos acórdãos em que se discutem questões de direitos humanos há uma

³ Pesquisa realizada em 5 abr. 2019.

⁴ RHC 161728 AgR/SP, RHC 138670 ED/BA, RHC 154515 AgR/RO, HC 157668 AgR/SP, HC 152685 AgR/SP, HC 151172 AgR/RS e RE 696533/SC.

⁵ HC 110185/SP, HC 110237/PA, HC 112936/RJ, HC 105256/PR, HC 107731 Extn/PE, HC 109544 MC/BA, HC 106171/AM e HC 105348/RS.

⁶ Inq 2842/DF e RE 669367/RJ.

oportunidade para se dialogar com a jurisprudência interamericana, mas isso não costuma ocorrer. É curioso, vale registrar, que as entradas *suprema prox1 corte prox1 dos prox1 estados prox1 unidos* e *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em alemão) retornam, respectivamente, 67 e 37 documentos.

1.2 UM DIÁLOGO SUPERFICIAL

Se o diálogo do STF com a Corte IDH é, do ponto de vista da quantidade, baixo, o resultado não é diferente se verificada a sua qualidade. Uma revisão dos acórdãos nos quais a Corte Interamericana foi mencionada revela a prevalência da superficialidade no diálogo transjudicial. Muitas citações referem-se aos casos apenas genericamente, sem discutir os fundamentos que levaram a Corte Interamericana àquela conclusão. São, não raro, meras notícias da existência de um entendimento da Corte IDH, como exemplifica o voto de um ministro em um agravo em recurso extraordinário, que somente consignou:

[...] e há jurisprudência, inclusive, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que visitei, afirmando claramente que a indicação do respeito aos direitos humanos, quanto ao modelo de concorrência, diz também com as peculiaridades culturais de cada país⁷.

Além disso, os precedentes interamericanos são frequentemente selecionados sob medida e utilizados somente para confirmar uma determinada posição, o que, do ponto de vista lógico, pode configurar a falácia da “supressão de evidência” (ou *cherry picking*, como se costuma dizer no mundo anglo-saxão), sobretudo quando se ignora deliberadamente os casos que poderiam contradizer aquela posição. Também chamada de “bricolagem”, nessa prática as citações da jurisprudência de outros tribunais são “meras referências que operam no campo numérico (mais citações,

⁷ ARE 1054490 QO.

mais pesquisas ou mais erudição) mas que servem, ao final, como meros apoios unilaterais ao que se pretende decidir” (CONCI, GERBER, 2016, p. 236)⁸.

1.3 UM DIÁLOGO ACRÍTICO

Se o diálogo do STF com a Corte IDH é superficial, é de se inferir que também seja acrítico. O exame dos acórdãos em que houve referência à Corte Interamericana revela que em nenhum deles o STF teceu algum tipo de crítica a um precedente ou até mesmo à atuação da Corte Interamericana. Quando a jurisprudência da Corte IDH é contrária à tese defendida pelo ministro, é simplesmente ignorada, como ocorreu na Ext 1150, em que o STF reconheceu a prescrição de crimes contra a humanidade sem fazer qualquer menção ao entendimento consolidado da Corte Interamericana. Quando, eventualmente, um ministro cita entendimento divergente, muitas vezes limita-se a repetir os seus fundamentos sem refutá-los apropriadamente, como se deu na Ext 1362, que também tratou do tema da prescrição dos crimes contra a humanidade. Na ocasião, um dos ministros, depois de expor a orientação da Corte IDH na direção da imprescritibilidade desses crimes, retoma subitamente a sua argumentação em sentido diverso, sem dizer uma palavra sobre a não aplicação do entendimento da Corte de São José.

Processos em que houve citação da Corte IDH

	PROCESSO	TEMA	DATA DE JULGAMENTO
1	RHC 161728 AgR/SP	Execução penal após a condenação em segunda instância	14/12/2018
2	RHC 138670 ED/BA	Idem	06/11/2018
3	RHC 154515 AgR/RO	Idem	26/10/2018

⁸ Nos RREE 646721 e 878694, por exemplo, sobre o regime sucessório dos companheiros, o Ministro Marco Aurélio faz referência a casos julgados pela Corte IDH com limitada afinidade com a causa em julgamento.

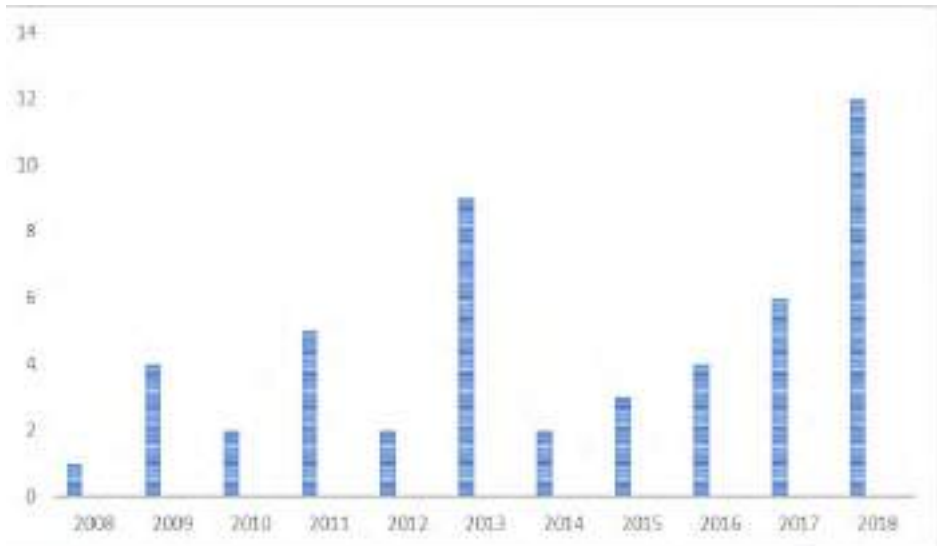
4	HC 157668 AgR/SP	Idem	17/08/2018
5	ADI 2566/DF	Proselitismo em rádios comunitárias	16/05/2018
6	AP 937 QO/RJ	Foro por prerrogativa de função	03/05/2018
7	HC 152685 AgR/SP	Execução penal após condenação em segunda instância	04/04/2018
8	HC 152752/PR	Execução penal após condenação em segunda instância	04/04/2018
9	ADI 5617/DF	Fundo eleitoral e candidatas	15/03/2018
10	HC 141949/DF	Desacato e liberdade de expressão	
11	HC 151172 AgR/RS	Execução penal após condenação em segunda instância	09/03/2018
12	ADI 3239/DF	Comunidades quilombolas	08/02/2018
13	RE 696533/SC	Execução penal após condenação em segunda instância	06/02/2018
14	ARE 1054490 QO/RJ	Candidaturas avulsas	05/10/2017
15	ADI 4439/DF	Ensino religioso nas escolas	27/09/2017
16	Ext 1327 AgR/DF	Prescrição de crimes contra a humanidade	27/06/2017
17	RE 646721/RS	Sucessão de companheiros	10/05/2017
18	RE 878694/MG	Sucessão de companheiros	10/05/2017
19	HC 87395/PR	Desarquivamento de inquérito	23/03/2017
20	Ext 1362/DF	Prescrição de crimes contra a humanidade	09/11/2016
21	ADC 43 MC/DF	Execução penal após condenação em segunda instância	05/10/2016
22	ADI 2404/DF	Classificação indicativa	31/08/2016

23	HC 124306/RJ	Aborto	09/08/2016
24	ADPF 378 MC/DF	Impeachment	17/12/2015
25	RE 592581/RS	Ativismo judicial e separação de poderes	13/08/2015
26	ADI 4815/DF	Biografias não autorizadas	10/06/2015
27	RE 591054/SC	Antecedentes criminais	17/12/2014
28	Inq 2606/MT	Crimes de peculato e dispensa de licitação	04/09/2014
29	AP 470 AgR-vigésimo quinto/MG	Duplo grau de jurisdição	18/09/2013
30	AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG	Duplo grau de jurisdição	18/09/2013
31	AP 470 AgR-vigésimo sétimo/MG	Duplo grau de jurisdição	18/09/2013
32	HC 115539/RO	Sistema prisional	03/09/2013
33	HC 110185/SP	Justiça militar	14/05/2013
34	Inq 2842/DF	Foro por prerrogativa de função	02/05/2013
35	RE 669367/RJ	Desistência em mandado de segurança	02/05/2013
36	HC 110237/PA	Justiça militar	19/02/2013
37	HC 112936/RJ	Justiça militar	05/02/2013
38	AP 470/MG	Mensalão	17/12/2012
39	HC 105256/PR	Justiça militar	12/06/2012
40	HC 107731_Extn/PE	Justiça militar	13/09/2011
41	HC 109544 MC/BA	Justiça militar	09/08/2011
42	ADPF 132/RJ	União homossexual	05/05/2011
43	ADI 4277/DF	União homossexual	05/05/2011
44	HC 106171/AM	Justiça militar	01/03/2011
45	HC 105348/RS	Justiça militar	19/10/2010
46	ADPF 153/DF	Lei de anistia	29/04/2010

47	Ext 1126/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA	Extradição	22/10/2009
48	RE 511961/SP	Diploma de jornalista	17/06/2009
49	ADPF 130/DF	Lei de Imprensa	30/04/2009
50	Pet 3388/RR	Caso Raposa Serra do Sol	19/03/2009
51	ADPF 144/DF	Lei da Ficha Limpa	06/08/2008

Fonte: dados coletados pelo autor.

Citações da Corte IDH por ano



Fonte: dados coletados pelo autor.

2 INVESTIGANDO AS CAUSAS DO PROBLEMA

2.1 UMA QUESTÃO DE PREFERÊNCIA

No tópico anterior, foram apontadas as principais características do diálogo do STF com a Corte IDH, mas é necessário ir um pouco além e refletir sobre as possíveis causas desse isolamento do STF em relação ao sistema interamericano. A primeira causa do problema está associada ao

apego dos ministros do STF a concepções jurídicas específicas que já não se harmonizam com as transformações ocorridas nas últimas décadas no direito brasileiro, inclusive no próprio papel da corte. Para compreender esse fenômeno, é útil recorrer a alguns *insights* fornecidos pelos estudos dos pesquisadores ligados ao institucionalismo sociológico.

No final dos anos 1970, institucionalismo sociológico rompeu com a tradição que, desde Max Weber, fazia uma distinção clara entre a esfera social (dominada por estruturas burocráticas pautadas pela racionalidade e pela eficácia) e a esfera cultural. Os sociólogos dessa escola perceberam que nem todas as práticas das instituições eram criadas para lhes conferir maior racionalidade, mas algumas delas eram construídas por meio de processos muito semelhantes aos que dão origem às práticas culturais em geral. Esses sociológicos passaram então a dar um enfoque culturalista às instituições, interpretando-as não apenas como as regras, procedimentos e normas formais, mas também como “os sistemas de símbolos, os esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem ‘padrões de significação’ que guiam a ação humana” (HALL, TAYLOR, 2003, p. 209).

Segundo essa escola sociológica, as instituições não apenas prescrevem normas sobre os papéis a serem desempenhados pelos indivíduos, mas também fornecem esquemas, categorias e modelos de compreensão que, por sua vez, moldam o comportamento dos atores sociais. Nesse sentido, os sociológicos institucionalistas sustentam que (HALL, TAYLOR, 2003, p. 210):

uma vez confrontado com uma situação, o indivíduo deve encontrar um meio de identificá-la e de reagir a ela, e que os cenários ou modelos inerentes ao mundo da instituição lhe oferecem os meios de resolver uma e outra dessas tarefas, não raro de modo relativamente simultâneo.

Trazendo esses conceitos para o Poder Judiciário, é possível afirmar que o ator judicial sofre limitações impostas pelos modos institucionalmente (culturalmente) construídos de julgar e interpretar, ou, dito de outro modo, por molduras cognitivas que se tornam, no seio da instituição, o padrão de conduta. As ideias coletivamente construídas

sobre o direito então moldam a compreensão dos julgadores sobre a ordem jurídica, o seu papel no sistema e o horizonte de soluções possíveis para os casos. Gonzalez-Ocantos chama esses esquemas cognitivos de “preferências jurídicas” (*legal preferences*), conceituando-as como (2016, p. 33):

[...] uma característica definidora das lentes cognitivas pelas quais juízes e promotores conceituam as disputas que são chamados a arbitrar. Elas abrangem opiniões sobre o que pode ser considerado fontes legítimas do direito (domésticas, internacionais, costumeiras); quais são as formas aceitáveis de argumentação jurídica, modelos de fundamentação e termos que podem ser usados em pronunciamentos judiciais; o que equivale a um padrão razoável de prova para apreciar responsabilidade criminal ou civil; e concepções sobre o alcance das prerrogativas judiciais formais⁹.

Essas preferências jurídicas criam predisposições intelectuais determinantes para o resultado dos processos decisórios. Embora as normas jurídicas sejam elementos importantes no processo decisório, as doutrinas, as escolas de pensamento e os métodos de argumentação considerados aceitáveis pelos julgadores são indispensáveis para a compreensão do comportamento judicial. Mais do que os textos normativos, importa para a decisão judicial como esses textos são lidos.

No caso do STF, é possível notar a utilização recorrente de argumentos que se tornaram insuficientes para dar conta da nova realidade jurídica. Esse novo cenário foi inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe consigo uma importante inovação em relação às anteriores, que foi a inclusão dos tratados na cláusula de não exaustividade dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º). A Constituição

⁹ Tradução nossa. No original: “[...] a defining feature of the cognitive lens through which judges and prosecutors conceptualize the disputes they are asked to adjudicate. They encompass views about what can be considered legitimate sources of law (domestic, international, customary); what are the acceptable forms of legal argumentation, templates of reasoned justification, and terms of art that may be used in court’s pronouncements; what amounts to a reasonable standard of proof when adjudicating criminal or civil responsibility; and conceptions about the reach of formal judicial prerogatives”.

de 1967, por exemplo, apenas previa que os direitos e garantias nela expressos não excluía “outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota” (artigo 153, § 36), sem mencionar aqueles previstos nos tratados de que o Estado brasileiro é parte. Essa abertura da Constituição para o direito internacional que, aliás, é uma marca das constituições contemporâneas, pressupõe necessariamente, como observa Canotilho, que a constituição “deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional” (2003, p. 369).

Em outras palavras, o papel da Constituição no sistema jurídico foi redimensionado, passando a dividir o seu protagonismo com o direito internacional dos direitos humanos. Isso, por si só, já é suficiente para impactar gravemente a jurisdição constitucional. Nada obstante, além de a Constituição perder a sua exclusividade na regulação jurídica do Estado brasileiro, o STF, que tem tradicionalmente a prerrogativa de dar a última palavra sobre questões de direitos fundamentais (artigo 102, *caput*), perde também a sua exclusividade, sendo obrigado a conviver com o fato de que as autoridades públicas brasileiras devem também obediência a uma corte internacional de direitos humanos.

De fato, a República Federativa do Brasil deu um passo decisivo ao internalizar, em 6 de novembro de 1992, a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 (CADH). Posteriormente, por meio do Decreto nº 4.463, de 2002, reconheceu “como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

A CADH, por sua vez, é expressa ao dispor que “os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (artigo 68.1). Logo, o Estado brasileiro está

obrigado pelo princípio do *pacta sunt servanda* (artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados de 1969 - CVDTE) a adimplir as sentenças da Corte. E não pode a República brasileira escusar-se de cumprir as determinações da Corte com a invocação de disposições do direito interno, o que também é vedado pela CVDTE (artigo 27). De resto, o princípio da boa-fé, notadamente o princípio do estoppel (vedação ao comportamento contraditório), impede que o Estado brasileiro deixe de cumprir as decisões proferidas por uma corte cuja competência foi expressamente reconhecida.

Na prática, até mesmo os casos em que a RFB não foi parte, em relação aos quais não haveria eficácia vinculante para o Estado brasileiro, devem ser levados em conta pelo STF, com o devido respeito e consideração. Conforme a jurisprudência da Corte Interamericana, as autoridades dos Estados Partes têm a obrigação de realizar o controle de convencionalidade, isto é, o exame de compatibilidade dos atos internos com o *corpus juris* interamericano, que é composto não apenas pelos tratados de direitos humanos, mas também a interpretação que lhes dá a Corte¹⁰. O objetivo do controle de convencionalidade é a conformação, pelas autoridades locais, dos atos internos aos padrões interpretativos estabelecidos pela Corte IDH, evitando-se, assim, que os Estados-partes sejam demandados perante a Corte em razão de questões já consolidadas em sua jurisprudência (BAZÁN, 2013). O controle de convencionalidade, por conseguinte, é uma prática que resulta em economia processual e na prevenção da responsabilidade internacional do Estado.

No entanto, mesmo diante dessas mudanças, o STF continua apegado às suas predisposições tradicionais, que consubstanciam uma visão de que a Constituição é o único documento jurídico supremo e que a sua competência é superior no sistema jurídico, independentemente do que venham a decidir as cortes internacionais de direitos humanos. Alguns

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Data de julgamento: 26 set. 2006; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gelmán vs. Uruguai*. Data de julgamento: 24 fev. 2011.

trechos de julgamentos ilustram essa resistência do STF. Na Extradicação 1327 AgR/DF, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio afirmou:

Ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil, de 24 de novembro de 2010, tenha assentado, no tocante à Lei de Anistia, a violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pleno do Supremo, na apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153, relator o ministro Eros Grau, em 29 de abril de 2010, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de agosto seguinte, declarou a constitucionalidade do referido diploma legal, decisão ainda não suplantada por pronunciamento posterior deste Tribunal.

Em apenas um parágrafo, um ministro nega qualquer eficácia jurídica a uma condenação do Estado brasileiro, sendo que, como foi visto, as decisões desse tipo são vinculantes por força de tratado. Outro exemplo: na Ext 1362/DF, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a importância de se evitar uma colisão com a jurisprudência da Corte IDH, mas concluiu que as decisões do STF devem sempre prevalecer, pois os julgamentos daquela “têm força apenas persuasiva”. Na mesma linha, embora com um pouco mais de deferência à Corte Interamericana, a Ministra Rosa Weber, no HC 124306/RJ, consignou que:

[...] não obstante as decisões tomadas por outras jurisdições constitucionais não sejam vinculantes em nossa ordem constitucional, servindo como exemplo, devemos ter em consideração, com mais força normativa, a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos [...].

É possível notar, dessa maneira, que a argumentação jurídica dos ministros do STF encontra-se ainda marcada por uma lógica que não é mais compatível com o cenário de abertura constitucional para o direito internacional e com o reconhecimento soberano do Estado brasileiro da jurisdição contenciosa de cortes internacionais, o que constitui um obstáculo para um diálogo construtivo com a Corte IDH.

2.2 UMA QUESTÃO DE PODER

O processo de internacionalização do direito brasileiro talvez tenha provocado no STF um receio de perda de relevância e poder. “O primeiro impulso natural do poder é a auto-conservação”, pontua Barroso, “[é] intuitivo, assim, que um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade” (2010, p. 28). Uma forma de demarcar o seu território seria evitar conferir demasiada importância à Corte Interamericana.

Tal comportamento não é algo inédito no comportamento dos tribunais. Cesare Romano, em sua pesquisa empírica sobre o diálogo entre tribunais internacionais, chegou à conclusão de que “um certo sentimento de orgulho e desejo de defender o próprio território judicial também são fatores importantes que impedem os juízes internacionais de prestar muita deferência a seus pares em outros tribunais” e arremata: “[c]onfiar demais na jurisprudência de outros tribunais equivale a abdicar do próprio papel” (2009, p. 758)¹¹.

Os achados das pesquisas sobre o comportamento judicial têm apontado que nem sempre os juízes decidem exclusivamente com base no direito, conforme sugere o tradicional modelo formalista, que tem raízes profundas na nossa cultura jurídica. Os juízes podem, muitas vezes, agir estrategicamente, com a intenção de manter ou aumentar o próprio poder. O modelo de comportamento judicial do “juiz como participante de um mercado de trabalho”, proposto por Richard Posner no influente livro *How Judges Think* (2008) e posteriormente testado em *The Behavior of Federal Judges: a theoretical & empirical study of rational choice*, obra escrita em coautoria com Lee Epstein e William Landes (2013), dá suporte para essa hipótese.

¹¹ Tradução nossa. No original: “[...] a certain sense of pride and desire to defend one’s own judicial turf are also important factors that prevent international judges from paying too much deference to their peers in other courts. Relying too much on other courts’ jurisprudence is tantamount to abdicating one’s own role”.

Segundo esse modelo, o juiz é visto como um trabalhador que, como tal, está sujeito a incentivos e restrições. A teoria é sintetizada pelos autores da seguinte maneira (2013, p. 5):

[...] um juiz concebido como um participante de um mercado de trabalho pode ser entendido como sendo motivado e constringido, como os demais trabalhadores são, por custos e benefícios, tanto pecuniários quanto não pecuniários, mas principalmente os últimos: custos não pecuniários como esforço, crítica e tensões no ambiente de trabalho; benefícios não pecuniários como lazer, estima, influência, autoexpressão, celebridade (ou seja, ser uma figura pública), e oportunidades de nomeação para uma corte superior; e constringidos também por uma “função de produção” – as ferramentas e métodos que o trabalhador usa em seu trabalho e como ele as usa¹².

O comportamento judicial, por conseguinte, é influenciado por benefícios e custos, sendo que os juízes, como seres racionais, buscarão maximizar os primeiros e minimizar os segundos. É importante destacar que esse tipo de atuação estratégica pode ocorrer até mesmo inconscientemente, já que, como a Psicologia Cognitiva tem provado desde os anos 1970, a mente humana é suscetível de vieses cognitivos imperceptíveis pelos sujeitos (KAHNEMAN, TVERSKY, 1974; KAHNEMAN, 2012), o que também afeta os juízes em suas decisões (PEER, GAMLIEL, 2013). Assim, uma das causas do fechamento do STF para o diálogo transjudicial pode ser exatamente o receio de ter reduzida a sua própria relevância, o que coloca em ação o instinto de proteção do seu “território judicial”.

¹² Tradução nossa. No original: “[...] a judge conceived of as a participant in a labor market can be understood as being motivated and constrained, as other workers are, by costs and benefits both pecuniary and nonpecuniary, but mainly the later: nonpecuniary costs such as effort, criticism, and workplace tensions, nonpecuniary benefits such as leisure, esteem, influence, self-expression, celebrity (that is, being a public figure), and opportunities for appointment to a higher court; and constrained also by a ‘production function’ – the tools and methods that the worker uses in his job and how he uses them”.

3 POR UM DIÁLOGO PERMANENTE, PROFUNDO E CRÍTICO

Para se substituir esse diálogo escasso, superficial e acrítico por um permanente, profundo e crítico, é necessário, antes de qualquer coisa, enfrentar as questões das preferências jurídicas e da proteção do território judicial. A redefinição das preferências jurídicas não é algo simples, pois lida com toda a força que tem a inércia institucional, já que é bem mais fácil continuar racionando com a mesma lógica de sempre do que parar, repensar e reaprender novas estruturas de raciocínio. Todos os seres humanos possuem uma forte tendência cognitiva à manutenção do *status quo*. Os ministros do STF ainda têm a dificuldade específica gerada por sua enorme carga processual, que os obriga a funcionar, muitas vezes, em “modo automático”. Todavia, é imprescindível que o STF perceba adequadamente as repercussões da entrada do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos e, assim, redefina as suas preferências jurídicas.

Também é preciso compreender que a própria corte pode se beneficiar do diálogo, uma vez que essa prática pode contribuir para incrementar a legitimidade das suas decisões. Além disso, entrar em conflito com a Corte Interamericana pode desgastar a legitimidade de ambos os tribunais. Desse modo, até de um ponto de vista estratégico, o diálogo com a Corte Interamericana é salutar. Como observa Martinez, confiar na jurisprudência de outros também pode aumentar o poder e a autoridade de determinados tribunais (2003, p. 448). Em casos de elevado desacordo social, a referência à jurisprudência da Corte IDH pode ser um elemento potencializador da legitimidade da decisão do STF. A própria corte constitucional brasileira, a propósito, já utilizou essa estratégia, como pode ser visto no caso da execução penal após a condenação em segunda instância, em que vários ministros enfatizaram que o seu entendimento não violaria a jurisprudência da Corte IDH.

O STF ainda deve, além de aumentar a quantidade, elevar também a qualidade do diálogo com a Corte Interamericana, principalmente de duas maneiras: discutindo os fundamentos dos casos, e não apenas fazendo-lhes referências genéricas, e abordando a jurisprudência da Corte de um modo geral, não se limitando à seleção dos precedentes mais convenientes.

Um diálogo mais profundo também pode beneficiar significativamente a jurisdição do STF, enriquecendo o leque de soluções e modos de pensar possíveis.

Por fim, é necessário cultivar um diálogo crítico com a Corte IDH. Não é porque a Corte de São José disse algo que isso se torna indiscutível. Um diálogo saudável deve conviver com naturalidade com a exteriorização das discordâncias, de modo que o diálogo transjudicial não é incompatível com dissensos. A crítica é cabível até mesmo nos casos em que o STF é obrigado a cumprir uma sentença da Corte Interamericana: nada impede que a corte constitucional, ao mesmo tempo em que se sujeita ao provimento vinculante da Corte IDH, faça as suas observações críticas. Essa prática, aliás, possibilita que a própria Corte Interamericana aperfeiçoe a sua jurisdição, como ressaltou Abramovich:

[...] incumbe também aos juízes nacionais, e em especial aos tribunais superiores, assinalar suas dissidências e observações às linhas jurisprudenciais dos órgãos do sistema interamericano, que devem tomar devida nota dessas opiniões a fim de ajustar e aperfeiçoar suas decisões (2007, p. 6-7)¹³.

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (CSJ), por exemplo, no caso Espósito, realizou um exercício de diálogo crítico com a Corte IDH que pode ser tomado como um paradigma para as outras cortes superiores do continente americano. No caso, a justiça argentina havia declarado a prescrição da pretensão punitiva do Estado e a Corte Interamericana afastou a prescrição com fundamento na Convenção Americana, reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado argentino. A CSJ reconheceu que estava obrigada a cumprir a sentença, mas não deixou de externar a sua reserva às conclusões da Corte IDH com as seguintes palavras¹⁴:

¹³ Tradução nossa. No original: "(...) corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones".

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA, Caso Miguel Ángel Espósito,

[...] o paradoxo que surge é que só é possível cumprir os deveres impostos ao Estado argentino pela jurisdição internacional dos direitos humanos restringindo severamente os direitos de defesa e a um pronunciamento em prazo razoável, garantidos pela Convenção Interamericana. No entanto, uma vez que tais restrições foram impostas pelo próprio tribunal internacional encarregado de garantir o efetivo cumprimento dos direitos reconhecidos por essa Convenção, apesar das ressalvas indicadas, cabe a este Tribunal, como parte do Estado argentino, cumpri-los no contexto de sua jurisdição.¹⁵

Ou seja, a CSJ reconheceu a sua obrigação convencional de cumprir a sentença da Corte IDH, mas não deixou de assinalar que tal cumprimento implicaria uma forte restrição a direitos previstos na própria Convenção Americana, o que demonstra que as cortes constitucionais não estão obrigadas a fazer uma aplicação cega das decisões da Corte Interamericana. A Corte Interamericana passou então a ter a obrigação de considerar o argumento da CSJ em suas futuras decisões.

No Brasil, o exemplo de diálogo transjudicial crítico não veio do STF, mas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e não foi com a Corte IDH, mas com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. O requerimento de registro de candidatura do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, apresentado em 15 de agosto de 2018, fora impugnado ao fundamento da inelegibilidade decorrente da condenação

Data de Julgamento: 23 dez. 2004. Disponível em: < <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=574382>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

¹⁵ Tradução nossa. No original: “16) Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”.

por órgão judicial colegiado prevista na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, alterada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Antes, porém, do julgamento das impugnações à candidatura do ex-Presidente pelo TSE, o Comitê de Direitos Humanos concedeu uma medida cautelar (*interim measure*) para que o Estado brasileiro assegurasse ao requerente o direito de concorrer às eleições de 2018 até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória. A medida fora deferida com fundamento no risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (proibição de restrições infundadas ao direito de se eleger).

O Ministro Roberto Barroso, relator do requerimento de registro de candidatura, asseverou que, apesar da ausência de caráter vinculante, “[e]m atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, a manifestação do Comitê merece ser levada em conta, com o devido respeito e consideração”. A partir daí, o ministro fez um importante exercício de diálogo com o órgão internacional, expondo respeitosamente os motivos de ordem formal e material pelos quais a decisão não poderia prevalecer.

Do ponto de vista formal, o ministro apontou quatro razões para afastar a manifestação do Comitê. O primeiro foi que este é um órgão administrativo, sem competência jurisdicional, de modo que os seus provimentos são destituídos de força vinculante. O segundo foi que o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que prevê a competência do Comitê para examinar petições individuais, ainda não havia sido internalizado à ordem jurídica brasileira. O terceiro foi que o requisito do esgotamento dos recursos internos não fora observado. O quarto, por fim, foi que a decisão do Comitê fora proferida, sem contraditório e sem fundamentação, por dois dos seus 18 membros. Aqui o ministro citou um precedente do Supremo Tribunal da Espanha em que se firmou o entendimento de que as decisões do Comitê não têm força vinculante, servindo apenas como referência interpretativa para o Poder Judiciário, e que as medidas cautelares adotadas sem contraditório,

sequer de função de orientação interpretativa são dotadas. Do ponto de vista material, a medida cautelar deveria ser afastada, segundo o ministro relator, porque não se poderia dizer que a inelegibilidade em questão era infundada, já que prevista em lei declarada constitucional pelo STF e incorporada à cultura brasileira.

Desconsiderados os aspectos políticos da decisão, o seu mérito é que, ao invés de afastar de modo raso a medida cautelar do Comitê ou simplesmente ignorá-la, o TSE engajou-se em um diálogo profundo e crítico com aquele órgão técnico internacional, “em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional”.

CONCLUSÃO

O diálogo transjudicial foi a maneira desenvolvida pelos tribunais internacionais e domésticos para organizar as suas relações. Nada obstante, o diálogo mantido pelo STF com a Corte IDH ainda é escasso, superficial e acrítico. É possível caminhar para um diálogo permanente, profundo e crítico a partir da necessária redefinição de algumas preferências jurídicas e pela compreensão de que o diálogo com a Corte Interamericana, em lugar de enfraquecer a legitimidade do STF, pode fortalecê-la. É importante lembrar que, mesmo nos casos em que o Estado brasileiro é condenado pela Corte IDH, situação em que a sentença interamericana tem eficácia vinculante, o STF não está impedido de fazer as suas observações críticas à Corte de São José, com vistas ao aperfeiçoamento do sistema.

Mas a condição verdadeiramente imprescindível para o aprimoramento do diálogo do STF com a Corte IDH é, assim como o diálogo na vida social, uma certa dose de humildade e abertura para aprender com o outro. Como diz Gadamer, “no comportamento dos homens entre si o que importa é [...] experimentar o tu realmente como um tu, e não passar por alto sua pretensão e deixar-se falar algo por ele”. Essa abertura, assim, implica “o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja nenhum outro que o vá fazer valer contra mim” (1999, p. 532).

É preciso, portanto, assumir que não existe um órgão que tenha a capacidade de perceber todas as nuances de uma questão complexa e a posse exclusiva da resposta verdadeira para todos os problemas de direitos humanos. Uma comunicação frutífera depende da habilidade de transcender as próprias idiossincrasias e da disposição de ver o mundo pela ótica do outro. É crucial, desse modo, que o STF olhe o seu próprio trabalho com maior modéstia, reconhecendo os seus próprios limites e admita que a Corte IDH pode contribuir para uma melhor solução dos casos de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor (Comp.). Una nueva institucionalidad pública: Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino. *In*: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. **La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007. p. 3-15.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, fev./mai. 2010, p. 5-43, 2010.

BAZÁN, Víctor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales.** Colonia Nueva Anzures: Tirant lo Blanc, 2013, p. 569-598.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? *In*: GERBER, Konstantin (Org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-277.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical & empirical study of rational choice**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2013.

EPSTEIN, Lee. Some thoughts on the study of judicial behavior. **William & Mary Law Review**, v. 57, n. 6, p. 2016-2073, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-10, jul./dez. 2012.

GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel A. **Shifting legal visions: Judicial change and human rights trials in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2016.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, v. 53, p. 193-224, 2003.

KAHNEMAN, Daniel. TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva: 2012.

LAUREN, Paul Gordon. **The evolution of international human rights: visions seen.** 3. ed. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2011.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINEZ, Jenny S. Towards an international judicial system. **Stanford Law Review**, Stanford, n. 56, p.429-529, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, v. 49, p. 114-118, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROMANO, Cesare. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. **New York Journal of International Law and Politics**, New York, v. 41, p. 755-787, 2009.

SCHÄFER, Gilberto. et al. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 1433, p. 207-232, dez. 2017.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order.** Princeton: Princeton University Press, 2004.

Anderson Santos da Silva

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC

Juiz Federal Substituto da Justiça Federal da 1ª Região

HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
NO DIREITO BRASILEIRO

Andrei Ferreira Fredes

HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO*

LEGAL HERMENEUTICS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATES WITHIN BRAZILIAN LAW

HERMÉNEUTICA LEGAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

Andrei Ferreira Fredes

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO SISTEMA. 2 QUESTÕES PRELIMINARES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO. 3 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Apesar de passados praticamente 15 anos desde a entrada em vigor da emenda constitucional número 45, que, dentre outras mudanças, incluiu o §3º do Art. 5º, da Constituição Federal, ainda não foram resolvidas diversas questões acerca da disciplina dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o direito interno brasileiro, com especial destaque para a questão da hierarquia destes tratados. A proposta do presente artigo é buscar apresentar as principais posições que a doutrina e a jurisprudência destes últimos 15 anos, ou até mesmo antes, veio defendendo sobre o assunto, e expor de que forma esses entendimentos conseguem se sustentar a partir de uma visão sistemática do direito.

Palavras-chave: Tratados internacionais; direitos humanos; hierarquia; hermenêutica.

*ARTIGO RECEBIDO EM 22.10.2020 E APROVADO EM 19.11.2021.

ABSTRACT

Despite the fact that there has been 15 years since the implementation of the constitutional amendment number 45, which, between other changes, included the §3 of Art. 5. in the Federal Constitution, there hasn't been yet a solution to many questions regarding the discipline of international human rights treaties in its relation to brazilian internal law, with special mention to the question concerning the hierachy of such treaties. The proposition on this article is to show the main positions that the doctrine and jurisprudence on these last 15 years, or even before, has put forward on this topic, and expose in which ways these understandings are capable of sustenting themselves when confronted with a sistematic interpretation of law.

Keywords: *International treaties; human rights; hierarchy; legal hermeneutics.*

RESUMEN

A pesar de pasado virtualmente 15 anos ya que la entrada en vigor de la enmienda constitucional numero 45, que, entre otros cambios, incluído el §3° del Art. 5° de la Constituição Federal, todavia no fueran resuolvidas muchas questiones acerca de la disciplina de los tratados internacionales de derechos humanos e sus relaciones com el derecho interno brasileño, con especial destaque ala question de la jerarquia de estos tratados. La propuesta del presente artículo es de buscar presentar las principales posiciones que la doutrina e la jurisprudência de los últimos 15 años, o incluso antes, defendera sobre el tópico, y buscar demostrar de que forma estos entendimentos puedem sostener desde una vision sistemática del derecho.

Palabras clave: *Tratados internacionales; derechos humanos; jerarquia; hermenêutica.*

1 INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO SISTEMA.

A interpretação sistemática do direito, conforme deduz Canaris (2002, p. 22), “é a pressuposição de todo Direito e de todo pensamento jurídico”. Neste sentido interpretar o direito necessariamente significa observar as características de ordenação e de unidade do sistema jurídico

expostas pelo autor, e tais características decorrem naturalmente da própria consideração do Direito como Ciência, ou seja, entender o direito como uma soma de princípios racionais, acessíveis ao pensamento, que busquem reconduzir a interpretação ao conjunto da justiça (CANARIS, 2002, p. 14).

Conforme explica Freitas (2005, p. 318), a interpretação sistemática da Constituição representa a “determinação unitária e aberta do alcance das regras orientadas pelos nada inócuos princípios, cuja eficácia apresenta-se direta, sem exceção em nosso sistema”. Ou seja, o Direito passa a ser visto como um todo, unitário e hierarquizado, e em sua perspectiva tópico-sistemática esta rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais tem como finalidade “dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição” (FREITAS, 2010, p. 272).

Retornando a explicação de Canaris (2002, p. 20), a compreensão do Direito como sistema não é mera escolha ou opção do intérprete, é a própria realização da tendência generalizadora da justiça, que impede que o Direito se disperse em uma multiplicidade de valores singulares desconexos, deixando-se reconduzir sempre aos princípios, que são critérios gerais geralmente pouco numerosos. Além disso, segundo Canaris (2002, p. 22), a interpretação sistemática visa atender às necessidades da segurança jurídica, outro valor supremo, segundo o autor, pois os postulados da determinabilidade, estabilidade, previsibilidade e continuidade do Direito pressionam para a formação de um sistema ordenado por poucos e alcançáveis princípios.

A fim de concluir a introdução sobre o significado e necessidade da interpretação sistemática, apresenta-se a lição de Barroso (2003, p. 136 – 137) sobre o tema:

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento

jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares. No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. [...] A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente.

Desta forma, ao se passar à análise das questões atinentes ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, estar-se-á sempre buscando uma interpretação sistemática constitucional, a exegese da regra contida no parágrafo em questão, frente aos princípios constitucionais e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2014). Contudo, antes se faz necessário estabelecer a fundamentação ou a essência desse sistema e quais são esses princípios e valores pelos quais se deve guiar a interpretação.

Bobbio (1999, p. 71) expõe que o conceito de sistema jurídico a partir da leitura de Kelsen pode ser entendido de duas maneiras, como um sistema estático e outro, dinâmico. Apresentando a dicotomia entre ambos os conceitos, Bobbio explica que o sistema estático é composto por normas que estão relacionadas umas às outras como preposições de um sistema dedutivo, a partir de normas originárias de caráter com função de postulados ou axiomas em um sistema científico, ou seja, as normas são sistematizadas e ordenadas unicamente em função de seu conteúdo (BOBBIO, 1999, p. 72).

Por sua vez, em um sistema dinâmico, as normas derivam umas das outras por sucessivas delegações de poder, ou seja, por meio da autoridade que as colocou, sendo assim, neste tipo de sistema, a relação entre as normas não se baseia no seu conteúdo material, e sim em sua qualificação formal. Explica Bobbio que, para Kelsen, os sistemas jurídicos correspondem a esta última conceituação, uma vez que os sistemas estáticos seriam os ordenamentos morais (BOBBIO, 1999, p. 73)

Conforme podemos perceber, na interpretação sistemática atual a dicotomia não se sustenta, uma interpretação sistemática levará sempre em consideração o conteúdo das normas, os princípios e os valores que informam o sistema jurídico se colocarão em posição hierárquica superior exatamente devido a seu sentido material (FREITAS, 2010), mas isto não significa podermos seguir em direção a uma discricionariedade ativista e decisionista realizada por intérpretes que “traduzam a vontade da sociedade por debaixo da letra da lei”, assim podemos compreender a partir da leitura de Lenio Streck (2014, p. 49).

Ou seja, a questão que remanesce diz respeito a como proceder, entre uma exegese literal e uma discricionariedade interpretativa baseada em princípios e cláusulas gerais. Conforme explica Streck (2014, p. 50), ambas são formas de positivismo, de um lado o positivismo exegético que, ao separar direito e moral, confundia texto e norma e lei e direito, e a partir daí declarava a proibição de interpretar, sobrava o juiz boca da lei. O autor aponta que, do outro lado, outra forma de positivismo é aquela que afirma que texto e norma estão descolados, uma vez que trabalhar com princípios é uma atitude sem dúvida positivista, ao ser utilizada para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais e, em último caso, é completamente antidemocrático (STRECK, 2014, p. 51).

O primeiro passo para evitar ambos os extremos, segundo Streck, consiste em superar o dualismo entre texto e norma, entendendo que “o objeto da interpretação não é o texto em si”, uma vez que este “só exsurge já interpretado em sua historicidade e faticidade, que vai constituir a norma” (STRECK, 2014, p. 395). Conforme Gadamer em 1960 já colocava em verdade e método que “interpretar não é um ato posterior e oportunamente complementar a compreensão” (GADAMER, 1997, p. 459), mas que compreender é sempre interpretar, e por sua vez o compreender procede de um dado histórico prévio, e que desta forma o saber-se como ser histórico oferece suporte a toda opinião e comportamento subjetivo, e assim prefigura e delimita toda possibilidade de interpretação em sua alteridade histórica (GADAMER, 1997, p. 451).

Sendo assim, observa-se a seguinte passagem de Streck para consolidar a questão:

A Constituição – no seu sentido de “força normativa – somente se concretizará na medida em que – perdoem a minha insistência neste tema – consigamos superar dualismos metafísicos (texto e norma etc.). *Se alguém pensa que pode primeiro interpretar a Constituição para depois aplicá-la, é porque ainda está preso às amarras da hermenêutica clássica.* É cediço que não interpretamos por partes ou em fatias. Gadamer já de muito deixou isto bem claro: interpretar é aplicar, é concretizar, e isto se dá no interior do círculo hermenêutico, onde já há sempre um sentido antecipado (dependemos, pois, de nossa pré-compreensão, de nossos pré-juízos). (STRECK, 2014, p. 395) (grifo do autor)

Streck explica que a importância que isto revela é que a compreensão de Gadamer significa a superação da subjetividade e da discricionariedade, ou seja, resulta-se não ser mais possível um “livre atribuir de sentidos” ou “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2014, p. 437), o que passa a haver é um controle hermenêutico da decisão, decisão esta que deve “levar o texto constitucional a sério” como condição de possibilidade de alcançar a melhor interpretação adequada à Constituição (STRECK, 2014, p. 433).

Dessa forma, a hermenêutica jurídica defendida por Streck a partir da obra de Hans-Georg Gadamer deita raízes no pensamento filosófico de Martin Heidegger. A fenomenologia proposta pelo autor foi responsável por colocar o pensamento em sua facticidade e historicidade ao definir que “Ser é sempre ser de um ente” (HEIDEGGER, 2018, p. 44), ou seja, o sentido do ser deve ser adquirido a partir do ser do ente; tratando-se do Direito, temos que o ente é então linguagem, neste caso, a tradição jurídica passa a ser condição de possibilidade da interpretação do ser deste ente denominado Direito.

Surge então outra problematização: a possibilidade de existir ou não uma única resposta correta. No entendimento de Freitas, não é possível que haja esta única resposta correta. Explica o autor que, em função da abertura do sistema jurídico, a impossibilidade de aplicação do postulado do tudo-ou-nada, mesmo em se tratando de regras, já serviria

para explicitar a impossibilidade de se alcançar em qualquer caso uma única resposta correta (FREITAS, 2005, p. 322). A seguir, também é colocado o argumento que, uma vez sendo responsabilidade do intérprete proceder à hierarquização de princípios e valores, não há falar em solução única, também se levando em consideração a vocação pluralística de toda constituição democrática que impede a promoção unilateral de algum determinado valor jurídico. Por fim, também é apresentado como argumento contra a única interpretação correta a inexistência de direitos absolutos, havendo apenas direitos relativos mutáveis; historicamente, não é possível se falar em uma resposta definitiva e exclusiva (FREITAS, 2005, p. 322).

Freitas conclui que somente se poderia falar em uma melhor interpretação constitucional, a qual seria regida por diversos postulados, dentre eles a formação da base do sistema pelos princípios fundamentais da Constituição, a busca pela máxima preservação dos direitos fundamentais e pela excelência do discurso normativo constitucional, a pretensão de coerência e abertura da interpretação, a articulação da escolha fundamentada, objetiva e imparcial da hierarquização das premissas, dentre outros critérios (FREITAS, 2005, p. 326 – 352).

Por sua vez, Streck coloca a questão da única resposta de outra forma, a partir do mencionado anteriormente quanto a “levar o texto a sério”. Segundo o autor, o resultado é um menor espaço para a liberdade legislativa que deve sempre seguir as regras do jogo democrático, argumentando ainda que a Constituição é fruto de uma repactuação, e por isso são colocadas cláusulas pétreas e especiais formas de elaborar emendas, sendo assim, “a própria Constituição estabelece impedimento para qualquer alteração em desacordo com o que o constituinte originário estabeleceu” (STRECK, 2014, p. 399).

Nesse sentido, Streck defende que a vontade geral ou poder democrático que antigamente era exercido apenas através do legislativo, neste novo Estado Democrático de Direito, deve passar a exercer o controle sobre o produto final da interpretação do direito, ou seja, sobre a atuação dos juízes e tribunais (STRECK, 2014, p. 410). Ou seja, não é uma questão

de negar que cada sujeito possua preferências, intuições, valores, e sim de criar possibilidades para que haja “condições de verificação sobre a correção ou veracidade de cada decisão que esse sujeito tomar (especialmente se se tratar de um juiz)” (STRECK, 2014, p. 429).

A resposta oferecida pelo autor para este problema significa a obrigação de uma ‘fundamentação da fundamentação’ pelo intérprete, ou seja, ao passar por uma teoria da decisão, o intérprete não deixa de interpretar, mas deve ser responsabilizado pela interpretação que alcançar, e suas decisões devem ser controladas democraticamente. Para tanto, não basta o juiz expor o fundamento de sua decisão, e sim ir mais a fundo e alcançar os motivos de sua compreensão, oferecendo a justificação de sua interpretação. Neste caso, o intérprete irá desnudar o caminho que percorreu, a fim de justificar porque a interpretação oferecida por ele é a melhor naquele caso, a mais adequada à Constituição, ou a única correta (STRECK, 2014, p. 433). Conclui o autor que em qualquer dos casos o que indicará se a resposta foi correta, adequada ou melhor é a possibilidade de ser confirmada na própria Constituição, nisto consiste a interpretação democraticamente legítima (STRECK, 2014, p. 433).

Outros autores também trabalham a possibilidade de uma resposta inerentemente correta, dentre eles o escocês Neil MacCormick que, mesmo advindo de uma tradição diferente da brasileira, no caso, da *common law*, argumenta que negar a existência de uma resposta correta significa negar o próprio Estado de Direito (MACCORMICK, 2008). Segundo MacCormick, entender que se possa chegar a qualquer decisão (ou que se possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa como na crítica de Streck) apenas em função da legitimação do intérprete é admitir que o Direito não é nada além do que o intérprete diz que é. Neste caso, o Judiciário seria infalível, porém “se o Estado de Direito significa um governo das leis e não dos homens, ele é impossível de se realizar se a tese da infalibilidade judicial é verdadeira. Afinal, o governo das leis torna-se simplesmente o governo das pessoas que produzem as decisões jurídicas” (MACCORMICK, 2008, p. 357).

Portanto MacCormick conclui que deve haver critérios para aferir se as decisões são corretas ou não, obviamente, por estar inserido em uma tradição sem uma Constituição escrita, o autor não pode chegar à mesma conclusão exposta por Streck, porém o sentido do argumento é semelhante, não há falar em democracia quando aos intérpretes é legado atuarem por meio de discricionariedade e decisionismo (MACCORMICK, 2008, p. 351).

A partir destes postulados apresentados, a seguir, serão trabalhadas questões acerca da incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sempre como paradigma a unidade sistemática do ordenamento jurídico (CANARIS, 2002, p. 22), hierarquizado axiologicamente por seus princípios (FREITAS, 2010), e capaz de oferecer respostas confirmáveis na própria Constituição, maior fruto do pacto democrático (STRECK, 2014).

2 QUESTÕES PRELIMINARES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

Frente às considerações sobre a hermenêutica jurídica e a interpretação sistemática do direito, cabe agora passar à análise de algumas questões pertinentes aos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o direito interno, especialmente após a inclusão do §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, pela EC 45/2004, que determinou que “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”. Na ocasião, novos debates surgiram sobre as mais variadas questões, dentre elas a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes e depois da emenda em questão, também a problemática sobre a obrigatoriedade ou não de seguir o rito estabelecido pelo §3º em questão, a reflexão sobre a possibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos e, por fim, a questão da possibilidade de inserção do conteúdo do tratado na Constituição, mesmo sem a entrada em vigência do tratado em questão.

Inicia-se esta análise sobre as questões acerca dos tratados internacionais de direitos humanos frente ao direito interno, com a problemática acerca da obrigatoriedade ou não de obediência do rito previsto pelo §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, o qual determina, como já exposto, a observância do procedimento de emenda para a aprovação dos tratados em questão.

Com efeito, uma rápida leitura do dispositivo em questão e a utilização de um método de interpretação que preze pela literalidade pode levar à compreensão de que a utilização ou não do rito de emenda para os tratados é facultativa – como se observa da leitura do parágrafo em questão, o legislador utilizou a expressão “que forem [...] serão”, o que poderia indicar que “aqueles que não forem [...] não serão”, ou seja, poderia haver tratados não incorporados pelo rito de emenda mesmo após a inclusão do §3º, do Art. 5º, que não estariam acobertados pela mesma força normativa que as emendas constitucionais.

Entretanto, conforme exposto na primeira parte deste trabalho, texto e norma, apesar de não existirem em separado, também não se confundem, ou seja, não significa que não seja a literalidade do texto capaz de expor o sentido da norma, e sim que esta literalidade não existe separadamente da interpretação da norma (STRECK, 2014). E sendo a norma o conjunto, a unidade axiologicamente hierarquizada, não há como se proceder a uma suposta interpretação literal em isolado, há que se enxergar a Constituição como um todo.

Neste sentido, abalizada doutrina já se manifestou sobre a questão, apontando pela obrigatoriedade da obediência ao estabelecido pelo §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, após sua aprovação. Vejamos a importante lição de André Ramos Tavares:

De acordo com o novo dispositivo, a submissão, em cada Casa do Congresso Nacional, aos três quintos dos votos dos respectivos membros, não está condicionada a um ato volitivo dos parlamentares. Não será o Congresso nacional que realizará a opção de o tratado ou convenção (assumindo, aqui, sempre o pressuposto material mencionado: versar sobre direitos humanos) submeter-se a este procedimento recém-criado ou pelo

vetusto. É dizer, não cabe ao Congresso Nacional a opção acerca do rito, a opção acerca da hierarquia que o tratado ou convenção assumirá, se constitucional ou, ao contrário, de uma singela legislação ordinária. A matéria circunscreverá, doravante, a forma a ser adotada. (TAVARES, 2005, p. 43)

Da mesma forma, se posiciona Rezek, ao mencionar não ser possível imaginar que o Congresso possa querer bifurcar a metodologia de aprovação de tratados, a única dúvida possível segundo o autor reside em afirmar se o tratado a ser aprovado realmente se trata de um documento acerca de direitos humanos; havendo este entendimento, o Congresso Nacional deverá seguramente adotar o rito previsto no parágrafo 3º (REZEK, 2011, p. 132 – 133).

Também neste sentido se posiciona Sarlet, ao expor que uma interpretação sistemática leva à compreensão do caráter cogente do procedimento reforçado exposto pelo parágrafo em questão. O autor elabora seu argumento a partir da compreensão de que a inovação em questão teve como objetivo resolver as questões atinentes à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos frente ao direito interno, as quais serão trabalhadas a seguir, de modo que a intenção da EC 45/04 seria de resolver a questão consagrando a hierarquia constitucional a todos os tratados que viessem a ser aprovados pelo procedimento equivalente ao das emendas constitucionais, neste sentido haveria de ser sempre observado o procedimento proposto pelo §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal (SARLET, 2013, p. 95).

Outro argumento de extrema relevância apontado por Sarlet é que a observância do rito do §3º vem a oferecer uma maior legitimidade democrática aos tratados internacionais de direito humanos, que passam a ser tanto material quanto formalmente constitucionais, o que significa uma maior força normativa pela sua pretensão de eficácia e efetividade restarem reforçadas (SARLET, 2010, p. 81). Considera-se tal ponto fundamental, tendo em vista o exposto acerca dos objetivos da hermenêutica jurídica, o que inclui a busca de um fortalecimento da democracia e da promoção de direitos, sendo assim a aprovação de um tratado internacional pelo

quórum qualificado previsto para emendas constitucionais deve soar aos ouvidos dos tribunais superiores como uma declaração inequívoca de prestígio destes direitos, o que significa buscar sempre sua máxima eficácia.

Um último argumento a favor da vinculação do Congresso Nacional ao procedimento estabelecido pelo §3º, do Art 5º pode ser extraído do exposto por Mazzuoli, uma vez que o autor aponta que a aprovação pelo rito introduzido pelo referido parágrafo continua se dando em momento posterior à ratificação, sendo assim, deixar à escolha sobre aprovar mediante o quórum necessário para emendas, ou não, levaria a mais uma situação de insegurança jurídica em que o Poder Legislativo poderia tratar de maneira diferente instrumentos de igual conteúdo principiológico (MAZZUOLI, 2005, p. 316 – 319). Isso vai contra os objetivos da interpretação sistemática expostos anteriormente, a partir do pensamento de Canaris, ou seja, a determinabilidade, previsibilidade e estabilidade do direito, pleiteando assim uma cogente observação do previsto no §3º, do Art 5º, da Constituição Federal, desde sua aprovação, mas não resolve o problema quando envolver aqueles tratados já aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, que será trabalhado a seguir.

O próximo ponto a ser trabalhado diz respeito à possibilidade de denúncia por parte do Estado brasileiro de tratados internacionais de direitos humanos. Conforme explica Mazzuoli, a denúncia é o ato unilateral pelo qual o Estado se desliga de qualquer obrigação perante o tratado ao qual antes se via vinculado, ou seja, não é um modo de extinção de tratados, e sim de retirada ou de extinção frente apenas ao denunciante (MAZZUOLI, 2008, p. 274). Este é o conceito de denúncia para os tratados em geral.

Entretanto esta definição não pode ser simplesmente transportada dos tratados em geral para aqueles que especificamente tratem de direitos humanos, é o que podemos perceber através de uma significativa doutrina, que sem dúvida procede à hierarquização axiológica dos princípios e valores constitucionais que se expôs ao se trabalhar o funcionamento da interpretação sistemática. Não há dúvida de que os direitos fundamentais

ou humanos (para a distinção entre direitos fundamentais – aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional – e direitos humanos – os reconhecidos em documentos de direito internacional – ver SARLET, 2010, p. 27 – 35) encontram-se em um grau mais elevado no sistema jurídico, basta perceber sua concepção como cláusulas pétreas, sendo assim o instituto da denúncia precisa ser pensado por uma lógica diferente quando se tratar de tratados internacionais de direitos humanos.

A questão oferece diversos posicionamentos, uma vez que frequentemente guarda coerência com a problemática sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, ou seja, o entendimento por uma hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos pode levar a um entendimento enquanto a compreensão de direitos humanos materialmente constitucionais (aprovados antes da entrada em vigor da EC 45/2004) e outros material e formalmente constitucionais (aprovados mediante o rito do §3º, do Art. 5º, da CF/88) leva a resultados distintos quando da possibilidade de denúncia dos tratados em questão.

No Supremo Tribunal Federal, onde a tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos é a atualmente vigente, tendo em vista a última decisão acerca do depositário infiel no Recurso Extraordinário n. 466.343, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (2008), a questão sobre a possibilidade de denúncia e quais seus requisitos não se encontra resolvida. A ADI 1625 questiona a denúncia unilateral realizada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso sobre a convenção 158 da OIT; na ADI em questão, apenas o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa já foi publicado, o qual entendeu que somente com a anuência do Congresso Nacional poderia o Estado se eximir de suas responsabilidades frente ao tratado internacional que assinou. Apontou o Ministro que existe uma “tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados” (2009, p. 20), sendo assim entendeu como procedente a ação para declarar inconstitucional a denúncia realizada sem anuência do Congresso Nacional, porém a decisão definitiva sobre a questão ainda não foi proferida.

Em sentido semelhante, encontra-se a compreensão de Piovesan (2010, p. 79 – 81), que aponta que com o advento do §3º, do Art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Para ela, apenas os primeiros seriam denunciáveis, enquanto aqueles que seguissem o rito do §3º não poderiam ser denunciados. Na opinião da autora é uma das peculiaridades do regime de direito internacional público que o Estado possa se subtrair dos direitos internacionais que incorporou, salvo no caso de ingressarem a Constituição formal, em que não há mais a possibilidade de denúncia. Aduz a autora que, mesmo onde é possível proceder à extinção unilateral da obrigação, o Estado só poderia fazê-lo mediante a anuência do Congresso Nacional, e não apenas por simples decreto do Executivo.

Entretanto, esse entendimento exposto baseia-se na compreensão de que os tratados são sim denunciáveis, contudo abalizada doutrina entende que a denúncia é ineficaz ou impossível, a depender da qualidade de apenas materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais os tratados que se pretenda denunciar, esta é a compreensão de Mazzuoli (2005, p. 325):

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no status de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é tecnicamente possível (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República neste caso), mas totalmente ineficaz sob o aspecto prático, uma vez que os efeitos do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum do §3 do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria possível mas ineficaz, pois agora ela será impossível do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la.

Sendo assim, pode-se fazer uma indagação, se se considerar, conforme preconiza Mazzuoli, que não há qualquer maneira possível de afastar seu compromisso assumido através do rito do §3º, do art. 5º, quer no plano interno, quer no plano internacional, significando dizer que os tribunais internacionais aos quais se encontra submetido o Brasil, ou o acesso a esses tribunais, passariam a integrar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ou seja, se nem com a anuência do Congresso Nacional mediante quórum qualificado de emenda constitucional pode o Estado desengajar-se de seu compromisso no plano internacional, então esse engajamento deve de alguma forma ser um direito fundamental acobertado pela proteção das cláusulas pétreas.

Entretanto também se poderia colocar que não mediante a denúncia, mas por meio de uma emenda específica, o legislador poderia abrir um caminho para a desvinculação do Estado em relação a organismos internacionais, não havendo como cogitar estar diante de cláusula pétrea ou se tal emenda seria inconstitucional, e também haveria de passar pelo crivo de uma eventual proibição de retrocesso, isto tudo, claro, levando-se em consideração que a tese exposta por Mazzuoli venha a se tornar majoritária, e que os tratados aprovados mediante o procedimento exposto no §3º, do Art. 5º sejam impossíveis de serem denunciados em qualquer hipótese. Talvez essa questão não tenha despertado ainda muito interesse, pois muitas vezes os organismos internacionais são como na metáfora de Hobbes (2003, p. 143), “Pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém”, mas cada vez mais essas entidades devem buscar o equilíbrio, não pleiteando se tornar um superestado acima dos estados, nem aceitando impotentes o desrespeito de nações poderosas, e sim organismos capazes de criarem e guiarem uma primazia no respeito aos direitos humanos.

Antes de trabalhar a questão mais controversa acerca da hierarquia dos direitos humanos no direito brasileiro, cumpre relatar que, conforme expõe Sarlet (2013, p. 99), nada impede que o legislador evite todas essas problemáticas quanto à incorporação de tratados, e simplesmente opere, mediante emenda constitucional, a inserção no sistema interno de direitos

fundamentais do que estiver preconizado em qualquer tratado. Neste caso, obviamente, não mais se estará tratando de incorporação de tratados internacionais no direito interno, e sim de reconhecimento de direitos, tendo como base documentos internacionais, conforme aponta a doutrina constitucionalista. Isto não seria nenhuma novidade, uma vez que a extensa lista de direitos fundamentais contida na Constituição Federal é inspirada em diversos documentos internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica ou o *Bill of Rights*, da ONU (SARLET, 2013).

3 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO.

Conforme já exposto neste trabalho, o §3º, do Artigo 5º, da Constituição Federal, inserido pela EC n. 45, de 2004, teve como objetivo resolver a questão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira. Uma vez observado o obrigatório procedimento esculpido no parágrafo em questão, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais passarão a integrar material e formalmente a Constituição brasileira, esta é a conclusão alcançada por expressiva doutrina, tanto no campo constitucional quanto internacional. Apenas para ilustrar, mencionamos Piovesan (2010, p. 43 – 110), Mazzuoli (2005, p. 303 – 329), Sarlet (2013, p. 101 – 109), Rezek (2011, p. 132 – 133), Lafer (2005, p. 14 – 18).

Entretanto, a maior problemática sempre se deu e continua a ser relevante quanto aos tratados aprovados por decreto legislativo mediante maioria simples, ou seja, segundo o rito anterior à EC 45/2004, neste caso, dentre as diversas teorias acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito interno brasileiro, talvez a que tenha maior aceitação da doutrina seja a de os posicionar como direitos de natureza materialmente constitucional. Dentre seus principais defensores, se encontra o internacionalista Antonio Augusto Cançado **Trindade**, que foi responsável pela proposta do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como José Joaquim Gomes **Canotilho** e Flávia **Piovesan**.

Partindo das palavras do próprio Trindade (1991, p. 631), vez que elaborou o parágrafo mencionado, temos o seguinte entendimento:

A novidade do art. 5º(2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avencei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Aponta o autor que a constitucionalização dos direitos humanos constantes de tratados internacionais vai ao encontro da proteção prevista pela Constituição Federal, tendo sido o parágrafo 2º do artigo 5º elaborado exatamente para não deixar dúvidas quanto ao caráter constitucional dos direitos previstos nestes tratados, a fim de lhes garantir proteção contra emendas ou até mesmo simples leis ordinárias que poderiam contrariá-los.

Assim, a Constituição teria conferido um status especial aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, que não se confundiriam com demais tratados que versem sobre outras áreas do direito, tendo que passar por aprovação em forma de lei e podendo ser revogados, já aqueles que tratassem de direitos humanos estariam protegidos pela norma constitucional.

Entender em sentido contrário seria, na concepção de Piovesan (2012, p. 115), não conferir ao texto constitucional sua máxima efetividade, uma vez que não poderia se concluir por interpretação à norma constitucional que lhe retire ou diminua a razão de ser. Portanto, sobretudo em questões envolvendo direitos fundamentais, no entendimento da autora, deve haver a primazia da interpretação que maior confira efetividade ao preceito constitucional, colocando, o parágrafo 2º, do artigo 5º, os direitos humanos presentes nos tratados como norma constitucional, enquanto o parágrafo 1º do mesmo artigo os confere imediata efetividade.

Trindade (1997) expõe que por esta previsão constitucional os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se diferem dos tratados em geral: enquanto que para os demais tratados seria necessária a intermediação do Poder Legislativo na positivação de suas determinações, os Tratados sobre Direitos Humanos automaticamente passariam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e seriam imediatamente exigíveis.

Explica Piovesan (2012, p. 117) que apesar dos direitos humanos que constem unicamente de tratados não se encontrarem positivados na constituição, a própria constituição prevê a hierarquização destes direitos como norma constitucional; não fosse essa a interpretação correta, aponta a autora, ficaria sem sentido a previsão do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, a lição do autor português Canotilho (2001, p. 982), acerca do bloco de constitucionalidade material:

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, se forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

Ou seja, para o constitucionalista português não poderíamos pensar em direito constitucional apenas a partir do texto positivado na Constituição, o bloco de constitucionalidade seria composto por todos aqueles direitos que decorressem de preceitos constitucionais, principalmente em se tratando de direitos humanos, quando a própria constituição prevê que deve se dar o entendimento mais favorável possível.

De certa forma, chega a ser incompreensível a possibilidade de se negar essa afirmação recém mencionada quanto à existência de um bloco de constitucionalidade mais amplo que o positivado na Constituição, uma

vez que é pacífico tanto em doutrina quanto em jurisprudência a existência de princípios e direitos fundamentais implícitos no texto constitucional, ou seja, não positivados expressamente.

Expõe Piovesan três categorias de direitos fundamentais previstos pela própria constituição: aqueles previstos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, todo o extensivo rol do artigo 5º; os previstos em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte; e, por fim, os direitos implícitos, que são aqueles subentendidos em meio às garantias constitucionais, ou que decorrem dos regimes ou princípios adotados pela constituição.

Dessa forma, os direitos humanos previstos em tratados internacionais não se confundiriam com os implícitos, uma vez que os primeiros possuem documento específico que bastaria ser examinado para ter sua apreensão, enquanto os implícitos obviamente poderiam ficar a cargo da interpretação, da mentalidade social de determinado momento, ou de diversos outros fatores, já que se trataria de um rol vago, elástico, subjetivo e, por fim, impreciso (PIOVESAN, 2012, p. 114)

Entretanto, este entendimento amplamente defendido pela doutrina nunca obteve sucesso nos tribunais superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que equiparou desde 1977 até 2008 os tratados internacionais às leis ordinárias. No Recurso Extraordinário número 80.004, de 1977, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, o STF veio a consolidar, por unanimidade, a paridade entre os tratados internacionais e as leis federais. Este caso versava sobre tema comercial, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que haveria a revogação de parte da Convenção de Genebra sobre títulos cambiais, conhecida como Lei Uniforme de Genebra, pelo decreto-lei 427/69 que regulava parte da matéria de maneira diversa. Assim, operava-se mera lei posterior derogando lei anterior, no caso, o decreto-lei posterior derogando o tratado internacional de direito comercial.

Conforme mencionado, o caso em questão não versava sobre direitos humanos, portanto sua disciplina não viria, em tese, a afetar a hierarquia dos tratados que são objeto do presente estudo, contudo,

o mesmo entendimento veio a ser transposto para as controvérsias envolvendo tratados internacionais de direitos humanos no julgamento do Habeas Corpus 72.131/RJ, de 22 de novembro de 1995, de relatoria do Ministro Moreira Alves (1995), sendo contundente no seguinte trecho:

[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescrever a Lei Fundamental da República [...].

Entenderam os ministros que jamais o tratado ou o direito internacional poderia limitar a competência outorgada pela própria Constituição Federal, sendo assim, o Pacto de São José da Costa Rica, que no entendimento do Supremo Tribunal Federal na época situava-se no mesmo nível de eficácia e autoridade de leis ordinárias internas, não poderia impedir a aprovação de legislação pelo Congresso Federal que viesse a obedecer à disposição da prisão civil do depositário infiel, contida no artigo 5º, inciso LXVII, da própria Constituição.

Dessa maneira, foi estendida a interpretação no STF de paridade entre lei ordinária e tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, sendo tal entendimento revisto somente com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de 2008, em que o STF alterou sua posição, passando a adotar a teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais.

Entendimento acerca de uma hierarquia diferenciada dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos foi elaborada no âmbito do STF inicialmente pelo Ministro Sepúlveda Pertence (2002), em sua atuação no julgamento do RHC 79.785-RJ, de novembro do ano de 2002, em que versava polêmica acerca da determinação do Pacto de São José da Costa Rica do duplo grau de jurisdição, tendo elaborado o seguinte voto:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – açados ao texto constitucional – se erigem em limitações

positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição.

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º parágrafo 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Sendo assim, o Ministro também inclui em seu voto que não confere prevalência frente à Constituição por parte dos tratados internacionais, portanto, não sendo favorável a aceitar a equivalência entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias, podendo apenas se colocar em posição de inferioridade frente à norma constitucional, mas de superioridade à lei ordinária, ou seja, o tratado internacional ocuparia um espaço intermediário, caracterizando o caráter supralegal.

Contudo, tal entendimento neste momento ainda era minoritário na corte suprema. Conforme mencionado anteriormente, a tese majoritária ainda era a da paridade entre tratados internacionais e lei ordinária, somente com o julgado do Recurso Extraordinário 466.343, de 2008, em que o Supremo Tribunal Federal efetivamente alterou seu posicionamento quanto a esta questão da hierarquia dos tratados internacionais frente ao direito interno (MENDES, 2002).

O Recurso Extraordinário 466.343, que versava novamente sobre a prisão do depositário infiel, teve como mentor da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil o Ministro Gilmar Mendes (2010), que conceitua a supralegalidade da seguinte forma:

É mais consistente a interpretação que atribui característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

O ministro expõe que adquire seu raciocínio através da defesa de um Estado Constitucional Cooperativo. O ministro, ao elaborar este entendimento, aponta que o Estado Constitucional atual não pode ficar voltado apenas para si mesmo, e sim para a cooperação internacional. E entende que é exatamente neste contexto internacional que a coordenação se faz necessária na busca dos direitos humanos e fundamentais.

Além disso, entende que a própria Constituição Federal indica essa cooperação a nível internacional, quando estabelece a integração latino-americana no parágrafo único, do artigo 4º, bem como no próprio parágrafo 2º, do artigo 5º, que abre ao ingresso de outros direitos e o parágrafo 4º, que determina que o Brasil se submeta à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Por fim, Mendes (2010) aponta que tal entendimento a favor da suprallegalidade é adotado também por diversos países ao redor do mundo, como a Alemanha, que detém previsão específica em sua Constituição, assim como a França e a Grécia, e o próprio Reino Unido, que, no entendimento do ministro, não demonstram mais o Estado como soberano absoluto, estando atento às transformações do direito internacional dos direitos humanos.

Neste sentido, se deu o voto do Ministro que veio a se tornar a atual jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, em que encontramos a menção da suprallegalidade dos tratados, da seguinte forma:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais

de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art.1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002). (MENDES, 2002)

Sendo assim, essa decisão acabou por alterar o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que desde 2008 vem decidindo neste sentido, conferindo hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos. Tal decisão incidentalmente também levou à edição da súmula vinculante n. 25, determinando que não haverá prisão civil do depositário infiel, enfatizando o posicionamento do STF por uma maior efetivação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, e também no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça acabou por sumular a matéria em sua súmula n. 419.

Além dos diversos argumentos já apresentados sobre a melhor interpretação que conduza a uma compreensão dos tratados como materialmente constitucionais, a partir da leitura do §2º, do art. 52º, da Constituição Federal, também cabe destacar que Sarlet menciona que o argumento utilizado para assegurar a tese da supralegalidade pelo Ministro Gilmar Mendes, que fala que uma ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia levar a uma descontrolada e perigosa via para produção normativa, não seria um argumento que por si só poderia ensejar a supralegalidade, uma vez que, conforme colocado pelo autor, as eventuais distorções podem ocorrer até mesmo nos direitos consagrados na Constituição, e sua superação deve se dar pela aplicação das diretrizes hermenêuticas adequadas (SARLET, 2013, 105 – 106).

Retornando enfim ao status constitucional atribuído pelo §3º, do Art. 5º, da CF, um último problema a ser analisado é o levantado por Mazzuoli (2005, p. 323), o qual defende que a aprovação mediante o rito estabelecido, neste caso, levaria à hierarquia material e formal constitucional dos direitos inscritos no tratado, podendo implicar em

uma situação pior em comparação à hierarquia meramente material, uma vez que a equivalência às emendas poderia levar o tratado a ser declarado inconstitucional.

Tal argumento entende-se difícil de prosperar por diversos motivos, em primeiro lugar, como já exposto anteriormente, a aprovação mediante o rito trazido pela emenda constitucional 45 traz diversos benefícios, o principal sendo a resolução da questão da hierarquia, que como recém trabalhamos ainda é posta pelo STF como supralegal para os tratados aprovados antes da emenda. Além disso destaca-se a questão da ampliação da legitimidade democrática dos tratados, a sua normatividade reforçada e, no mínimo, um fortalecimento dos argumentos contra a possibilidade de denúncia dos tratados, esses benefícios expostos ao longo do trabalho em si já servem para demonstrar que não se pode cogitar que seja pior a situação em que um tratado venha a ser aprovado pelo rito do §3º, do art. 5º, da CF.

Além disso é uma questão lógica, por menor que seja a força conferida às características formais por uma teoria, e por mais que se busque privilegiar a materialidade, não há como argumentar que algo que é materialmente constitucional se encontra em posição superior a um direito que seja material e formalmente constitucional. Conforme também já foi exposto, Piovesan (2012, p. 114) menciona que o bloco de constitucionalidade material sempre se torna algo vago e incerto, e como Sarlet (2013, p. 103) menciona, a presunção de materialidade opera as normas formalmente constitucionais. Não há como entender que não se torna mais robusta a proteção ao direito que se encontra de forma material e formal na Constituição.

O argumento apresentado por Mazzuoli (2005, p. 324) seria de que a norma de direito internacional que se tornasse formalmente constitucional poderia ter um âmbito de proteção menor e, neste sentido, diminuir a proteção constitucional sobre determinado direito, o que levaria à declaração de inconstitucionalidade; no caso da norma apenas materialmente formal ela ainda perduraria, uma vez que apenas se buscaria

a primazia da norma mais favorável, mas se realmente a Constituição Federal outorga um grau de proteção mais elevado é difícil vislumbrar alguma situação em que a norma que seria declarada inconstitucional (caso estivesse presente também no plano formal) fosse invocada para resguardar algum direito.

Além disso, pode-se pensar que mesmo que a norma internacional ofereça um grau de proteção menor em relação à norma de direito fundamental positivada na constituição, ela não necessariamente deverá ser declarada inconstitucional, já que por um outro ângulo ela sempre estará aumentando o âmbito de proteção, uma vez que pelo menos na parte à qual a norma se destina a proteger ela estará invocando também a proteção de uma instância internacional, que não poderia ser invocada se houvesse apenas um direito fundamental não condicionado à jurisdição de qualquer tribunal internacional (SARLET, 2013). Ou seja, perante o direito interno, a norma mais protetiva continuará com sua plena eficácia, mas caso não haja um atendimento do direito pela jurisdição interna, a norma menos protetiva internacional ainda pode servir como uma última salvaguarda daquilo que o Estado houver se obrigado perante a jurisdição internacional. Partindo-se desta lógica, a ampliação formal dos direitos fundamentais da constituição, por meios de tratados internacionais, estará sempre ampliando o âmbito de proteção, mesmo que seja apenas por meio da criação de mais instâncias para as quais o indivíduo poderá pleitear estes direitos.

4 CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do trabalho, as questões envolvendo os tratados internacionais de direitos humanos ainda seguem apresentando diversos problemas não resolvidos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme diversos autores, como Mazzuoli (2005, p. 318) e Sarlet (2010, p. 94) expõem, ao defenderem que o legislador poderia ter sido mais satisfatório na elaboração da emenda constitucional 45 em relação ao §3º, do Art 5º, da CF, de forma a resolver essas questões.

Entretanto deve-se trabalhar com o que se tem, e no caso é o que a doutrina vem tentando fazer, apresentar resposta para as diversas questões que surgem sobre a relação entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno. O objetivo do presente trabalho portanto foi, em primeiro lugar, apresentar como a doutrina vem resolvendo essas questões, sobre a obrigatoriedade de se ater ao novo rito estabelecido pelo §3º, do Art. 5º, e também sobre a possibilidade ou não de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos, e a grande problemática sobre a hierarquia destes tratados no direito interno.

Conforme exposto ao longo do trabalho, ao buscar uma compreensão sistemática do direito, ou seja, não enxergando apenas o §3º, do Art. 5º de forma isolada, e sim de forma afinada com o §1º e com o §2º, além dos fundamentos e princípios constitucionais, uma significativa doutrina sempre defendeu, até mesmo antes da emenda, a inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos em um bloco de constitucionalidade material.

Tal problemática sobre a hierarquia, como apresentado, diz respeito àqueles tratados aprovados antes da emenda. Após a emenda (se utilizado o rito do §3º), entende-se ter havido um consenso, estando acobertados de materialidade e formalidade constitucional, mas isto não impede outros problemas, como a questão envolvendo a possibilidade de denúncia destes tratados, que continua não tendo uma resposta definitiva, a obrigatoriedade de obediência ao rito para incorporação de tratados, trazido pela emenda 45/2004, que se apresentou como a resposta mais coerente para esta problemática, além de eventuais argumentos sobre eventual inconstitucionalidade do §3º, do artigo 5º, que se entende não ser a melhor opção.

Sendo assim o objetivo principal foi demonstrar que mesmo que não se tenha respostas prontas para todas estas questões é possível tentar filtrar as respostas possíveis por meio de uma compreensão sistemática do direito, enxergando o direito como uma unidade, hierarquizada axiologicamente, e buscando encontrar respostas pela Constituição, e não apenas por pré-compreensões do intérprete.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo. Malheiros. 2014.

BARBOSA, Joaquim. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625-3**. Voto-Vista. Disponível:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 22.11.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ: 29.12.1977.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131/RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 22.11.1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 79.785**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 22.11.2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo. Saraiva. 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1. ed. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 22

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra. 2001.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação vs. Única resposta correta. *In: Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo. Malheiros. 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo. Malheiros. 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis/RJ. Vozes. 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 10. ed. Petrópolis/RJ. Vozes. 2018

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo. Martins Fontes. 2003.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo. Método. 2005

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3 do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris**. v. 32. n. 98. Porto Alegre. Junho de 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 6. ed. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 13. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo. Notas sobre as relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Controle de Convencionalidade**. Brasília. Gazeta Jurídica. 2013.

SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. *In*: NEVES, Marcelo (Org.). **Transnacionalidade do Direito**. São Paulo. Quartier Latin. 2010. p. 81.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 11. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88**: (des) estruturando a justiça. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04. São Paulo. Saraiva. 2005.

Andrei Ferreira Fredes

Doutorando em regime de cotutela internacional pela Universidad de Granada (UGR) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Especialista em Direito Público

Professor de Hermenêutica Jurídica e Direito Constitucional
Advogado

A LIMITAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM PERÍODOS
EXCEPCIONAIS: A CALAMIDADE PÚBLICA
COMO INSTRUMENTO LIMITADOR

Barbara Revelles Santos

**A LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERÍODOS
EXCEPCIONAIS: A CALAMIDADE PÚBLICA COMO INSTRUMENTO
LIMITADOR***

***THE LIMITATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN EXCEPTIONAL PERIODS:
PUBLIC CALAMITY AS A LIMITING INSTRUMENT***

Barbara Revelles Santos

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PERÍODOS EXCEPCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E SUA CONSEQUÊNCIA NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES PALAVRAS. 3 A CALAMIDADE PÚBLICA INSTITUÍDA EM RAZÃO DA COVID-19 E SUAS IMPLICAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente estudo, cujo campo de estudo é o Direito Constitucional, trata sobre a possibilidade de limitação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal durante períodos excepcionais, buscando analisar a viabilidade de sua realização por meio da instituição da Calamidade Pública. Para tanto, por meio de estudo de caso e pesquisas bibliográficas, se valerá da análise pormenorizada dos institutos que abrangem a discussão, com o objetivo de demonstrar que, segundo o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar (relatada por Ricardo Lewandowski), apresentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363, a Calamidade Pública instituída no Brasil em vista da pandemia da COVID-19 (causada pelo vírus Sars-Cov-2), foi capaz

*ARTIGO RECEBIDO EM 02.11.2020 E APROVADO EM 29.09.2021.

de mitigar direitos fundamentais de cunho social aplicados aos trabalhadores, especialmente aqueles que tratam sobre a obrigatoriedade de negociação coletiva na discussão de direitos trabalhistas, ainda que não haja expressa determinação constitucional nesse sentido.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; períodos excepcionais; calamidade pública; direitos sociais; COVID-19.

ABSTRACT

The present study, whose field of study is Constitutional Law, deals with the possibility of limiting fundamental rights provided for in the Federal Constitution during exceptional periods, seeking to analyze the feasibility of its realization through the institution of public calamity. To this end, through a case study and bibliographic research, a detailed analysis of the institutes that cover the discussion will be used, in order to demonstrate that, according to the new understanding signed by the Supreme Federal Court in the judgment of the precautionary measure (reported by Ricardo Lewandowski), presented in Direct Action of Unconstitutionality nº. 6363, the public calamity instituted in Brazil in view of the COVID-19 pandemic (caused by the Sars-Cov-2 virus), was able to mitigate fundamental social rights applied to workers, especially those dealing with the mandatory collective bargaining in the discussion of labor rights, although there is no express constitutional determination in this regard.

Keywords: Fundamental rights; exceptional periods; public calamity; social rights; COVID-19.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi marcado pela presença, em todo o mundo, de um perigo constante: a COVID-19, causada pelo vírus SARS-COV-2, nunca antes detectado em seres humanos. Por tal razão, todos os países do globo foram forçados a adotar medidas incomuns, porém adequadas ao momento vivido, buscando conter e minimizar os danos causados pela pandemia em seu território.

No Brasil, a medida tomada foi a instituição do período de Calamidade Pública, ainda pouco conhecido e que sequer conta com disposição constitucional específica, como veremos oportunamente.

É assim que surge a ideia para o presente trabalho: com a instituição do período em 20 de março de 2020 (com duração inicial até 31 de dezembro daquele ano), algumas outras medidas, justificadas pelo período calamitoso em curso, foram tomadas e afetaram de maneira direta direitos fundamentais de cunho social protegidos pela Constituição Federal de 1988.

De início, serão analisados os períodos excepcionais que contam com expressa disposição constitucional, analisando a maneira como a sua instituição interfere na proteção aos direitos fundamentais.

Em seguida, o instituto da Calamidade Pública será explorado: isso porque, ainda que seja considerado pela doutrina como um período excepcional, ao contrário dos períodos mencionados acima, não consta com disposição específica no Texto Maior, assomando-se, todavia, em algumas ocasiões no decorrer das disposições.

Superadas as questões conceituais, por fim, examinaremos a Calamidade Pública à luz de sua instituição em razão da COVID-19, por meio de Decreto Legislativo, utilizado como justificativa para a instauração da Medida Provisória nº 936 (apresentada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro), em que é levantada a possibilidade de negociação individual de direitos aplicados ao trabalhador (considerados como direitos fundamentais de cunho social, classificados como de Segunda Geração) quando a Constituição Federal é clara ao destacar que tais negociações deveriam ser objetos de negociações coletivas.

Desta feita, tal instrumento provisório foi objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade (distribuída sob o nº 6.363), apresentada pelo partido “Rede Sustentabilidade” perante o Supremo Tribunal Federal que, na ocasião do julgamento da medida cautelar requerida, por meio de seu relator, entendeu por bem agir com parcimônia em razão do período delicado enfrentado pelo país, ainda que exista clara contradição entre o que prevê a medida com os ditames do texto constitucional.

O trabalho, então, pretenderá analisar a maneira como Calamidade Pública se tornou um instrumento limitador de direitos garantidos constitucionalmente, ainda que não exista, para tanto, permissão explícita por parte da Constituição Federal.

2 PERÍODOS EXCEPCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E SUA CONSEQUÊNCIA NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES PALAVRAS

Pacificou-se na doutrina majoritária que os direitos fundamentais, inerentes àqueles sob a proteção do Estado brasileiro (independentemente de sua nacionalidade, em regra), não possuem *status* de direitos absolutos. Isso porque, diante da infinidade de direitos elencados no documento constitucional (são setenta e oito apenas no art. 5º da Constituição Federal, que não exaure todas as proteções) e em tratados e convenções internacionais, é comum que se choquem, sendo necessária, assim, a ponderação e o comedimento no momento de sua aplicação. É essa a ideia que captamos das lições do brilhante Robert Alexy, quando, ao analisar o caso Lebach¹, pronunciou-se no sentido que direitos que se apresentem como contraditórios quando aplicados em casos concretos, não possuem condão de invalidar aqueles capazes de contradizê-lo.

Desta maneira, ainda de acordo com as lições de Alexy (2008), se duas normas, analisadas de maneira isolada, são capazes de produzir resultados contraditórios, nenhuma delas deverá ser considerada inválida ou subsistir em prejuízo de outra. Todavia, deverá ser decidida a precedência de uma delas à luz de um caso concreto quando analisadas conjuntamente, quando ambas são capazes de produzir efeitos.

No entanto, não é apenas na hipótese onde há conflito de direitos que o Estado poderá atuar no sentido de limitá-los: situações

¹ Trata-se de um caso, ocorrido na Alemanha, onde a emissora de TV buscava transmitir o documentário “O assassinato de Soldados em Lebach”. Um dos condenados pelo assassinato naquela ocasião, erigiu-se contra a transmissão alegando que, vez que seria nominalmente citado, isso feriria seus direitos fundamentais. O pedido de proibição da transmissão foi negado.

extraordinárias, consideradas como situações de crise, nas quais o Estado ou a sua democracia estejam sob ameaça, também são compreendidas como pressupostos válidos aptos a permitir a restrição.

Assim, a Constituição Federal, em seu Título V, estabeleceu os mecanismos que poderão ser utilizados na defesa do Estado e de suas instituições democráticas, dividindo-os em instrumentos excepcionais que buscarão manter a ordem em momentos de desequilíbrio (o chamado “sistema constitucional das crises) e instrumento de defesa do país e da sociedade (por meio das Forças Armadas e da Segurança Pública). A sua existência se justifica vez que o

documento constitucional deve estar ajustado para se afirmar tanto em períodos de normalidade e paz institucional, quanto em situações extraordinárias, de instabilidade e crise. Afinal, a vida em comunidade política passa por turbulências (financeiras, econômicas, políticas, bélicas, físicas – como epidemias, terremotos e inundações) que precisam ser debeladas para mantermos o Estado e suas instituições [...].(MASSON, 2018, p.1423).

Especialmente tratando sobre o “sistema constitucional de crises”, a sua previsão é encontrada no Texto Maior a partir de seu artigo 136, e a sua utilização fará as vezes de mecanismo de defesa em busca da volta à normalidade. De acordo com as lições doutrinárias, é compreendido como o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional (SANTOS, 1981).

Será composto pelo Estado de Defesa e pelo Estado de Sítio, que, ainda que diferentes em vários sentidos (se iguais, por óbvio, a existência dos dois mecanismos não seria justificada), encontram similaridades como:

- (i) a necessidade de observância dos limites constitucionais no momento de sua instituição e;
- (ii) a possibilidade de sua aplicação somente durante os períodos de crise constitucional.

Por assim dizer, se as medidas de exceção forem aplicadas em tempos de normalidade democrática, a Constituição estará sendo violada, configurando-se, então, autêntico golpe de Estado (ARAUJO, 2012).

Destaca-se, ainda, que durante o período de vigência de tais medidas, é vedada a realização de emendas constitucionais, qualquer que seja o seu objeto, de acordo com determinações expressas da Constituição Federal (§1º do art. 60). Trata-se de uma tentativa do Constituinte Originário de evitar mudanças drásticas no texto constitucional (e, conseqüentemente, na sociedade regida por suas normas), durante um período socialmente sensível, de instabilidades e de incertezas. Nesse sentido, é dizer que o poder de emenda ao texto constitucional também se submete a restrições circunstanciais. Assim sendo, são vedadas as mudanças na Constituição Federal em contextos históricos onde a livre deliberação dos órgãos constituintes é restrita, como a Intervenção Federal, Estado de Sítio ou Estado de Defesa (MENDES *et al*, 2008).

2.1 ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTIO

Com relação ao Estado de Defesa, este deverá ser compreendido como um instrumento de manutenção de crise menos gravoso quando colocado em comparação com o Estado de Sítio. Entretanto, apenas o Presidente da República (em razão de competência privativa prevista no inciso IX do art. 84 do texto constitucional) é autoridade apta para a sua decretação. Trata-se, então,

de instrumento de restauração da ordem mais brando e indulgente, mas, igualmente respeitador do princípio da necessidade – afinal, sua decretação só é tolerável se não houver nenhuma outra medida mais sóbria capaz de solucionar o incidente constitucional (MASSON, 2018, p. 1430)

A medida em comento somente poderá ser decretada diante de grave e iminente instabilidade institucional ou calamidades de grandes proporções na natureza, após, é claro, o preenchimento e observância de todos os requisitos previstos pela Constituição, que estipula período

máximo de vigência de 30 dias (prorrogáveis apenas uma vez por igual período, nos moldes apresentados pelo §2º do art. 136).

Dentre as medidas coercitivas aplicáveis durante o período, temos limitações à direitos fundamentais à reunião, ao sigilo de correspondência e ao sigilo de comunicação telegráfica ou telefônica.

É possível, também, a instituição de medidas de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos quando o Estado de Defesa for instituído em consequência de calamidade pública.

Cessado o período de duração da medida, cessará, também, a mitigação de tais direitos, justificada pela ideia de que estamos diante de uma suspensão de direitos fundamentais e não de uma supressão dos mesmos (o que seria impossível em nossa ordem constitucional).

Por seu turno, o Estado de Sítio, cuja competência privativa para a instituição também é do Presidente da República (inciso IX do art. 84 da CF/88) é, segundo o art. 137 da Constituição Federal, justificado por grave comoção de repercussão nacional, ocorrências de fatos que comprovem a ineficácia das medidas tomadas durante o período de Estado de Defesa (pressupondo, assim, de que se trata de uma medida mais gravosa) e em razão de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

No que se refere a duração, não há, no texto constitucional de 1988, período máximo para que perdurem seus efeitos nos casos de decretação pautada no estado de guerra. Em se tratando de decretação em razão de outros motivos, o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, previsto para o Estado de Defesa, é aplicado.

Em resumo, o Estado de Sítio é medida excepcional, temporária, cuja competência para decretação é do Presidente da República, que deverá se limitar às hipóteses previstas constitucionalmente, vez que tal ato acarretará em restrição de direitos e garantias fundamentais (VIANNA, 2008).

Por se tratar de medida mais gravosa do que o Estado de Defesa, por óbvio, o grupo de direitos fundamentais afetados será maior. Vejamos:

Em se tratando de Estado de Sítio justificado por grave comoção de repercussão nacional ou ineficácia das medidas tomadas durante o Estado de Defesa, direitos de liberdade (como a obrigação de permanência em localidade determinada, suspensão de direito de reunião e liberdade de imprensa) e inviolabilidade (de correspondência, de sigilo das comunicações, de domicílio – vez que a busca e apreensão será permitida a qualquer tempo) serão afetados, de maneira que é correto dizer que

mais amplas ainda são as restrições previstas durante o Estado de Sítio, que envolvem a liberdade de locomoção, o sigilo das comunicações, a liberdade de comunicação em geral (prestação de informação, imprensa, radiodifusão e televisão), o direito de reunião, a inviolabilidade do domicílio e o direito de propriedade (CF, art. 139). (MENDES, 2009, p. 297)

Já nos casos de decretação de Estado de Sítio fundamentado na declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, será possível a suspensão de qualquer direito ou garantia constitucional, desde que haja autorização expressa por parte Congresso Nacional. Ademais, é possível que durante esse período sejam suspensas as imunidades constitucionais conferidas aos parlamentares.

2.2 A CALAMIDADE PÚBLICA COMO PERÍODO EXCEPCIONAL

Segundo o dicionário, calamidade, do latim *calamitate* (palavra utilizada para expressar a distribuição dos trigais antes das messes), é compreendida como o período de desgraça pública; grande infortúnio; catástrofe causadas por secas, enchentes, tempestades, furacões e epidemias. No grego, sua origem está na palavra *kalamos*, que pode ser traduzida como tormenta.

É possível dizer, então, que

calamidade (do latim: calamias, tatis) era o flagelo que atingia os calamos, prejudicando as colheitas: geadas, fungos, parasitas, chuvas torrenciais etc. O termo generalizou-se e passou a significar acontecimento causador de grande prejuízo. Catástrofe (do grego:

καταστροφή) era o fim, a morte, a destruição, o aniquilamento. Cataclismo (do grego: κατακλυσμός) era a inundação, a submersão. Em português, as três palavras exprimem a mesma ideia. (CUNHA, 2020)

A doutrina, por sua vez, conceitua calamidade como

o infortúnio, a catástrofe, o acontecimento infausto que assume grandes proporções. Calamidade Pública é o cataclismo, o fato sinistro que atinge número indeterminado de pessoas: enchentes, furacões, terremotos. Pelas dimensões a que pode chegar, a Calamidade Pública não permite uma delimita o apriorística dos prazos (vez que   possível que prazos judiciais sejam suspensos durante sua ocorrência). (TORNAGHI, 1975, p. 70)

Entretanto, com o passar dos anos, a palavra “calamidade” teve o seu alcance ampliado, sofrendo, assim, aplica es e altera es de maneira que pôde ser empregada para traduzir males graves capazes de atingir uma coletividade ou grande grupo de pessoas, resultando num desequilíbrio social imprevisto.

Ainda assim, cumpre dizer que o instituto da Calamidade Pública no Brasil, embora comumente utilizado pelos Estados e Municípios brasileiros, não encontra na Constitui o Federal de 1988 artigo específico que o conceitue.   dizer: trata-se de um instrumento cujo conceito é aberto.

Mesmo que bastante confundida com o chamado Estado de Emergência, os dois institutos são bastante diferentes em suas semelhanças: em se tratando de situa es de perigos iminentes – ou seja, ainda não concretizadas, o instrumento correto a ser aplicado será o Estado de Emergência. A Calamidade Pública, por seu turno, ocorre quando a situa o, anteriormente temida, capaz de justificar o Estado de Emergência, já está materializada e causando prejuízo (tanto ao Poder Público quanto aos seus administrados).

Em outras palavras, podemos tratar da Calamidade Pública como instrumento semelhante   situa o de emergência, mas cujas razões para a

aplicação são consideradas de maior gravidade, vez que os danos causados somente poderão ser suportados ou superados quando existir auxílio externo (ZACARIAS, 2014).

É obscuro, ainda, entender em quais casos o instituto poderá ser visualizado. O texto constitucional o menciona apenas em poucas ocasiões ao longo de seus 250 artigos:

A calamidade pública aparece pela primeira vez na Constituição Federal no inciso XVIII do art. 21, que aponta como competência da União o planejamento e promoção da defesa do Estado contra calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

Adiante, surge no art. 136 (anteriormente mencionado quando do estudo do Estado de Defesa) como condição que permite a decretação do período excepcional menos gravoso, permitindo a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos pelo Estado, que responderá pelos danos e custos que do ato decorram.

Será, também, decretada visando a instituição de empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência. É o que prevê o inciso I do art. 148 da Constituição Federal.

Por fim, a calamidade pública justifica a abertura de crédito extraordinário, mediante medida provisória, objetivando atender despesas imprevisíveis e consideradas urgentes, decorrentes de períodos de guerra, comoção interna ou calamidade.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 2000, por sua vez, responsável por estabelecer normas de finanças públicas, voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal), prevê o instituto da calamidade pública como hipótese que sustenta a não observância, pelo Estado (compreendido como pessoa política e não como ente da Federação), do atingimento dos resultados fiscais.

Destaque-se, ainda, que ano de 2020, por meio da Lei Complementar nº 173, a referida lei foi alterada no sentido de prever, na ocorrência de calamidade pública, a dispensa de observância de limites para os entes da Federação para a contratação e aditamento de operações de crédito, concessão de garantias e contratação mútua, bem como o recebimento de transferências voluntárias.

Também se dispensou, visualizada a circunstância calamitosa, a vedação de realização de operações de créditos entre entes da Federação e a captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha capital social, a assunção de obrigações sem autorização orçamentária e a assunção de compromissos.

Ademais, também foram afastadas as condições para a concessão ou ampliação de benefício de natureza tributária, de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa e de criação ou aumento de despesa, desde que os recursos envolvidos sejam destinados ao combate à calamidade pública.

Isto posto, é aceitável mencionar que a Calamidade Pública pode ser considerada como a decretação de um período excepcional (que, inclusive, justifica a instituição de outro – o Estado de Defesa), em razão da ocorrência de fatos que desprotegem o Estado e a sociedade, ainda que não conte com determinação constitucional expressa nesse sentido.

Entretanto, ainda que assim seja reconhecida pela doutrina, não há, nem na Constituição Cidadã, nem em legislação infraconstitucional, previsão de possibilidade de mitigação de direitos e garantias fundamentais, tão caros à sociedade, em razão de sua decretação pela União, pelos Estados, pelo Município ou, ainda, pelo Distrito Federal. Assim, no silêncio do constituinte originário ou derivado e do legislador, somos induzidos à ideia de que não há que se falar em tal possibilidade.

Isso pelo motivo de que, como é pacífico na doutrina, as normas constitucionais afetas aos direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas de maneira que lhe seja garantida maior efetividade e aplicação na sociedade. Temos, então, que

este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, 1991, p. 162)

Assim, não seria coerente (e, de maneira mais radical, não seria sequer constitucional) conferir à Calamidade Pública a possibilidade de mitigar a efetividade de direitos e garantias fundamentais.

3 A CALAMIDADE PÚBLICA INSTITUÍDA EM RAZÃO DA COVID-19 E SUAS IMPLICAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de entrar, de fato, no estudo do tema, é de extrema importância realizar um breve relato histórico sobre as circunstâncias que permeiam a problemática.

A Organização Mundial da Saúde (*World Health Organization*) recebeu, no final do ano de 2019, alerta emitido de uma das províncias localizadas na República Popular da China onde casos de pneumonia, causado por um novo tipo de coronavírus que nunca antes havia sido identificado em humanos, eram mencionados. Em rapidez e alcance impossíveis de prever (justificados pelas festas de final e início do ano celebradas no mundo), a doença (que recebeu o nome de COVID-19), que até o momento era desconhecida e sem qualquer possibilidade de tratamento, espalhou-se pelo globo, causando medo e diversas mortes em países europeus e asiáticos ainda no início do ano de 2020.

Por tais motivos, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, entendeu por bem declarar situação de emergência de saúde pública de interesse internacional, ainda quando os casos estavam restritos à China e a pandemia ainda não estava configurada.

Cabe parênteses sobre o fato de que, ainda que a OMS se trate de órgão internacional, a agência especializada em saúde não tem poder de ação forte como os que possui os órgãos internos dos países. O alerta para o Sars-Cov-2, então, serviu para que os países já afetados seguissem as recomendações visando evitar a maior disseminação do vírus.

Seguido ao anúncio feito, a Itália decretou estado de emergência após a confirmação dos primeiros casos no território do país. Posteriormente, a Espanha e os Estados Unidos da América tomaram medidas nesse sentido.

Em 26 de fevereiro do mesmo ano, o primeiro caso no Brasil foi confirmado. Tratava-se de um homem, de 61 anos, recém-chegado da Itália. Não demorou para que os casos confirmados (e as consequentes mortes), começassem a formar curva ascendente no país, forçando a atuação de Chefes dos Poderes Executivos, em todas as esferas federativas, no sentido de estabelecer condutas e ações na intenção de frear a contaminação.

3.1 O DECRETO CALAMIDADE PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Compreendida a gravidade da doença, foi sancionada a Lei 13.979/2020, responsável por tratar sobre as medidas para o enfrentamento da emergência (vez que anterior ao período de perigo, que era iminente e não contemporâneo) de saúde pública de importância internacional causada pela doença. Dentre elas estavam as medidas de isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, testes e vacinação (quando existente) e a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do território brasileiro, bem como a requisição de bens e serviços de pessoas físicas ou jurídicas, garantida a posterior indenização.

Ainda em razão de tal instrumento normativo, todo aquele que tenha possível contato com agentes infecciosos da COVID-19 ou que tenha circulado em áreas consideradas como regiões de contaminação, deverão colaborar com as autoridades sanitárias através da comunicação imediata.

Entretanto, a lei não foi suficiente para a conscientização da população, de maneira que o Senado Federal, após solicitação do Presidente da República, em 20 de março de 2020, expediu Decreto Legislativo (nº 6 de 2020) reconhecendo a ocorrência de Estado de Calamidade Pública em todo o território nacional, justificando-a em razão dos danos COVID-19, com eficácia inicial até 31 de dezembro de 2020.

Inicialmente, o decreto publicado dispensou o atingimento de resultados fiscais e limitou o empenho para o atingimento de metas de resultados orçamentários. A não observância de limites orçamentários e a destinação excepcional de mais recursos às políticas de saúde, sem que, para tanto, haja crime de responsabilidade fiscal, também foi possível graças à instauração da Calamidade Pública no Brasil.

A medida também possibilitou a instauração de regimes jurídicos e provisórios visando conter os impactos, sociais e de saúde pública, causados pela situação.

Foi, então, instituída Comissão Mista no Congresso Nacional, responsável por acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeiras das medidas tomadas. Os trabalhos da Comissão, em consequência da alta taxa de transmissão do vírus, tiveram sua realização por meio virtual.

Baseando suas ações na Lei 13.979/20 e no Decreto Legislativo nº 6 (que instituiu a ocorrência de Calamidade Pública no território nacional), o Presidente Jair Messias Bolsonaro, por meio de Medidas Provisórias (instrumento que, com força de lei, tratará de circunstâncias de relevância e urgência, que não podem esperar o demorado procedimento legiferante utilizado no Poder Legislativo), apresentou algumas condutas visando a proteção da economia nacional, sua preocupação naquele momento. Dentre os instrumentos provisórios, destacou-se a Medida Provisória nº 936.

3.2 A DISCUSSÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936

Instituída em 1º de abril de 2020, a Medida Provisória nº 936 (convertida posteriormente na Lei 14.020/20) fundou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs, ainda,

sobre medidas trabalhistas (complementares às medidas levantadas anteriormente pela Medida Provisória 927). Sua instituição justificou-se na decretação do estado de Calamidade Pública enfrentado pela nação e, ainda antes de sua conversão em lei², revelou-se como causa de acalorados debates na comunidade jurídica.

No dia seguinte à sua instituição, o partido político “Rede Sustentabilidade” apresentou, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI registrada sob o nº 6363) buscando, como o próprio nome da ação sugere, declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Medida apresentada.

Destaca-se que partidos políticos dependem de representação junto ao Congresso Nacional para serem considerados legitimados para o intento da ação. Se, posteriormente, a representação for perdida, a ação não será prejudicada. Tal medida permite que as minorias parlamentares sejam capazes de provocar a jurisdição constitucional para a revisão de normas. Perdida a representação após intentada a Ação, não há prejuízos para a discussão. (BARROSO, 2012).

Além do mais, são considerados legitimados universais, de sorte que não é necessária a comprovação da pertinência temática no momento da propositura da ação, vez que se presume de maneira absoluta a pertinência temática, em virtude de suas atribuições institucionais para tal parcela de legitimados (MORAES, 2017).

O grupo político obteve êxito ao provar a sua legitimidade para o intento da ADI, de maneira que requereu em sua petição inicial que a medida objeto fosse declarada pela Corte como inconstitucional. O pedido foi justificado com o fato de que a Medida Provisória, em seu bojo, afronta direitos sociais aplicáveis aos trabalhadores, considerados como Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão, previstos a partir do art. 7º do texto constitucional.

² A saber, Lei 14.020, de 6 de julho de 2020, com vigência estendida pelo Decreto nº 10.517, de 13 de outubro de 2020.

A afronta, segundo o partido político, é encontrada naqueles dispositivos que permitem a supressão da negociação coletiva no momento de ajuste de direitos entre o empregador e o empregado, como a redução da jornada de trabalho e a suspensão do contrato estabelecido, durante o período de Calamidade Pública instalado (arts. 7º, inciso II e 8º, §1º). A Medida, ainda, apresenta que a realização de tais acordos individuais deverá ser comunicada, em até 10 dias corridos, aos sindicatos das categorias (art. 10, §4º).

Na peça inaugural da Ação, o partido político alega que a possibilidade de negociação individual nos casos elencados acima possibilita que o empregador a utilize em detrimento da negociação coletiva (que, por sua vez, se apresenta como o caminho mais vantajoso ao trabalhador, sujeito hipossuficiente da relação de emprego e, muitas vezes, ignorante naquilo que tange aos seus direitos). Justifica o pedido com o argumento de que são em momentos de crise que a proteção do trabalhador se torna imperativa.

O argumento levantado é o de que a Constituição Federal de 1988 é cristalina ao determinar que os salários e as jornadas de trabalho são irredutíveis, com exceção das hipóteses onde exista acordo ou convenção coletiva, visando garantir a manutenção dos postos de trabalho, como bem reproduz o texto constitucional abaixo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;(vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) (BRASIL, 1988)

Assim, sustenta o partido Rede Sustentabilidade pela impossibilidade de que legislação infraconstitucional (na forma de Medida Provisória) esvazie por completo a previsão estabelecida no art. 7º, ainda que por período determinado.

Rodriguez (1993), na obra em que cuida de tratar sobre os Princípios aplicáveis à relação de trabalho, mostra que a desigualdade presente nas relações trabalhistas data períodos desde antes da promulgação do nosso texto constitucional de 1988, de maneira que o Direito do Trabalho surge como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Daí, surge a importância de proteger o empregado por meio das negociações coletivas.

O partido ainda, enfatizando a urgência e necessidade de atuação rápida da Corte e, baseando o pedido no art. 11 da Lei 9868/99 (lei responsável por reger os procedimentos das ações do controle concentrado), requereu na inicial da ação que os dispositivos da medida fossem suspensos cautelarmente.

Adere, ainda, a ideia de que a fumaça do bom direito (“*fumus boni iuris*”) e o perigo da demora (“*periculum in mora*”) são requisitos que se fazem presentes no caso em tela. Isso pois as razões expostas deixam cristalino que o instrumento foi responsável por violar preceitos constitucionais e que, no caso de demora na apreciação da ADI, a afronta à Constituição estaria aperfeiçoada, devido ao fato de que as medidas provisórias possuem vigência imediata logo após sua publicação. Tais requisitos foram apreciados pela Corte Constitucional, que entendeu que

o *fumus boni iuris* está amplamente configurado, diante de todas as razões acima expostas, as quais evidenciam que a Medida Provisória nº 936, de 2020, violou diversos preceitos fundamentais da Constituição. O *periculum in mora*, por seu turno, consubstancia-se na vigência imediata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, a partir de sua publicação, já produzindo todos os seus efeitos. É preciso agir com rapidez, para impedir que se consuma tamanha afronta à Constituição. (BRASIL, 2020)

Assim, em 6 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal analisando o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos, proferiu decisão no sentido de que o afastamento dos sindicatos nas negociações entre as

partes do contrato de trabalho, ainda que no período de Calamidade Pública, tem grande potencial de causar prejuízos aos empregados. É o que se nota após a leitura do trecho reproduzido abaixo:

Ora, num exame ainda perfuntório da inicial, próprio desta fase processual, parece-me que assiste razão, em parte, ao partido político que a subscreve. Com efeito, a análise dos dispositivos do texto magno nela mencionados revelam que os constituintes, ao elaborá-los, pretenderam proteger os trabalhadores - levando em conta a presunção jurídica de sua hipossuficiência - contra alterações substantivas dos respectivos contratos laborais, sem a assistência dos sindicatos que os representam.

Ora, o confronto, ainda que sumário, dos preceitos constitucionais acima listados com os dispositivos contestados da MP 936/2020 desperta forte suspeita de que estes, conforme alega o autor da ação, afrontam direitos e garantias individuais dos trabalhadores, que, como se sabe, configuram cláusulas pétreas. (BRASIL, 2020)

Entretanto, justamente em razão da COVID-19, perdura a exigência da flexibilização de alguns entendimentos e, inclusive, direitos, sem que, para tanto, sejam superados entendimentos de organizações internacionais.

Por isso, cumpre à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque - certamente editado com a melhor dos propósitos - sem, contudo, renunciar à sua indelegável tarefa de conformá-lo aos ditames constitucionais. (*ibid*)

Ricardo Lewandowski, relator da ação, asseverou que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário devem agir, nesse período, com extrema cautela. Afirma, por outro lado, que são constatadas contradições entre os ditames da Medida Provisória nº 936 e o que dispõe a Constituição Federal.

Nada obstante, o relator não suspendeu os dispositivos e deferiu apenas em parte a cautelar pleiteada pelo partido Rede Sustentabilidade. Por bem, entendeu que em razão do período delicado vivenciado e frente aos direitos violados, era crucial dar, ao menos, o mínimo de efetividade à comunicação ao sindicato dos empregados (natural quando estamos diante de negociações coletivas), a quem caberá manifestação sobre o acordo individual firmado.

Assim, o texto da Medida Provisória atacado pela Ação deveria ser interpretado de maneira conforme à Constituição Federal e não suspenso, de modo que, segundo a Corte,

a mera previsão, na MP 936/2020, de que tais acordos “deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato representativo da categoria, no prazo de até dez dias corridos” aparentemente não supre a inconstitucionalidade apontada na inicial. Isso porque a simples comunicação ao sindicato, destituída de consequências jurídicas, continua a afrontar o disposto na Constituição sobre a matéria.

Por isso, cumpre dar um mínimo de efetividade à comunicação a ser feita ao sindicato laboral na negociação. E a melhor forma de fazê-lo, a meu sentir, consiste em interpretar o texto da Medida Provisória, aqui contestada, no sentido de que os “acordos individuais” somente se convalidarão, ou seja, apenas surtirão efeitos jurídicos plenos, após a manifestação dos sindicatos dos empregados. Na ausência de manifestação destes, na forma e nos prazos estabelecidos na própria legislação laboral para a negociação coletiva, a exemplo do art. 617 da Consolidação das Leis do Trabalho será lícito aos interessados prosseguir diretamente na negociação até seu final. (BRASIL, 2020)

4 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve o condão de articular a respeito da possibilidade ou não de que o instituto da Calamidade Pública, que ainda que muito utilizado, não conta com disposições constitucionais e

infraconstitucionais específicas, seja suficiente para mitigar a aplicação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Para tanto, foi necessária a análise da (in) constitucionalidade da Medida Provisória nº 936/20 (convertida na Lei 14.020/2020), discutida no seio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, apresentada pelo partido político Rede Sustentabilidade, que manifestou dentro de seus argumentos o fato de que alguns dispositivos da medida feriram disposições constitucionais ligadas aos direitos fundamentais. No julgamento do pedido cautelar exposto na Ação, a Corte Constitucional Brasileira entendeu que, muito embora os direitos destinados aos trabalhadores sejam caros à sociedade, o contexto histórico vivido, que justificou a instituição de Calamidade Pública, pede para que sejam flexibilizados (ainda que não haja no texto constitucional de 1988 disposição clara nesse sentido, como ocorre com os demais períodos excepcionais).

É possível dizer, assim, que uma janela interpretativa foi aberta no sentido de que o período delicado de Calamidade Pública vivido é suficiente para justificar a limitação de direitos que em situações normais não seriam mitigados da maneira como ocorreu no caso em tela (mediante uma Medida Provisória).

Não é dizer, entretanto, que o uso do instrumento da Calamidade Pública é capaz de causar a total supressão ou esvaziamento de direitos fundamentais que, nessa hipótese, perderiam completamente a sua aplicação no mundo real: a decisão realiza a sua manutenção no sentido que permite que o direito seja limitado durante o período calamitoso causado pela COVID-19, mas altera a interpretação do texto no sentido de que haja certo controle de tal limitação.

Diante disso, é possível conceber que, ainda que não haja disposição constitucional expressa nesse sentido, a Calamidade Pública, considerada como período excepcional, é instrumento hábil para limitar direitos fundamentais. Deve-se, todavia, realizar minuciosa análise sobre a sua aplicação nesse sentido, adaptando-a ao contexto histórico vivenciado, buscando, de tal maneira, não esvaziar direitos e garantias alcançados a duras penas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 492 p. (Teoria & Direito Público). Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. 592 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1953 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 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.. . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL, Opas. **Histórico: Coronavírus**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo. **Informativo nº 53**. Relator: Pleno. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo53.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363**, Decisão em Sede de Cautelar. Rede Sustentabilidade. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de abril de 2020. .. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206363%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&so](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206363%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) rtBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 01 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1522 p.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Covid-19**: Quais os reflexos do estado de Calamidade Pública para o processo civil? 2020. Disponível em: conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo#:~:text=Tal%20lei%20estabelece%20medidas%20que,de%20calamidade%20pública%20no%20Brasil.. Acesso em: 17 jun. 2020.

DICIONÁRIO Informal: **Calamidade**. Calamidade. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/calamidade/>. Acesso em: 06 maio 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Alves Vianna. **Sistema Constitucional de Crises**. 337 p.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 315 p.

FOLHA informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#historico>). Acesso em: 20 ago. 2020.

LINHA do tempo do Coronavírus no Brasil. 2020. Elaborada por Sanar Saúde. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>).. Acesso em: 08 jun. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018. 1567 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 328 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. Atlas: Atlas, 2017. 594 p.

ROUBICEK, Marcelo. **Calamidade Pública**: o que é e quais suas implicações. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/18/Calamidade-p%C3%BAblica-o-que-%C3%A9-e-quais-suas-implica%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. São Paulo: Imprensa, 1981. 111 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1056 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 925 p.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 70

ZACARIAS, Giovanni Matiuzzi. **As responsabilidades na decretação da situação de emergência ou Calamidade Pública**. 2005. 48 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Planejamento e Gestão em Defesa Civil, Centro Universitário de Estudos e Pesquisas Sobre Desastres, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. Cap. 06. Disponível em: https://www.ceped.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/09/Monografia_Giovanni_0.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

Barbara Revelles Santos

Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNIDERP

Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho

Advogada

PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO

Camila Lemos Azi Pessoa

PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO*

Camila Lemos Azi Pessoa

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 *PUNITIVE DAMAGES*. 3 APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO. 4 PARÂMETROS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO. 5 *PUNITIVE DAMAGES* E ERRO MÉDICO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* nas demandas relativas à responsabilidade civil do médico no Brasil. Analisa o instituto no âmbito do direito inglês, onde ele nasceu, e norte-americano, suas características e as principais críticas que lhe são feitas. Em seguida, aborda as controvérsias atinentes à sua aplicabilidade no âmbito do direito brasileiro, as regras básicas de responsabilização civil do médico no ordenamento nacional e, por fim, analisa o entendimento doutrinário e jurisprudencial relativo à sua aplicação nos casos envolvendo erros médicos no país.

Palavras-chave: Indenizações punitivas; erro médico; *punitive damages*; dano moral; responsabilidade civil.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the applicability of the institute of punitive damages in the demands related to medical malpractice in Brazil. It analyzes the institute within the scope of the English law, where it was born, and North American, its characteristics

*ARTIGO RECEBIDO EM 09.12.2020 E APROVADO EM 29.09.2021.

and the main criticisms that are made to it. It then discusses the controversies regarding its applicability under Brazilian law, the basic rules of civil liability of the physician in the national legal system and, finally, analyzes the doctrinal and jurisprudential understanding regarding its application in cases involving medical errors in the country.

Keywords: *Punitive damages; medical error; punitive damages; moral damage; torts.*

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, houve, no Brasil, um aumento expressivo no volume de demandas judiciais em que são questionadas condutas técnicas do médico. Trata-se de um fenômeno conhecido como judicialização da medicina que tem, dentre suas causas, a clara influência da cultura liberal norte-americana e a sua tendência à judicialização das questões éticas como forma de se obter a sua regulamentação (VASCONCELOS, 2012, p. 394).

O sistema jurídico nos Estados Unidos tem sua base nos costumes (*common law*), de modo que as normas jurídicas decorrem, em sua maioria, da interpretação dada aos casos concretos pelos Tribunais. Já no Brasil, o sistema jurídico tem sua base na lei (*civil law*) de forma que as normas jurídicas são decorrentes, em sua maioria, de deliberações do poder legislativo.

A referida influência norte-americana no que se tange a processos judiciais envolvendo a atuação médica não se limita apenas ao aumento de sua quantidade, mas também ao próprio conteúdo das demandas, que passaram a replicar as teses dominantes naquele país. A diferença estrutural existente entre os sistemas jurídicos brasileiro e americano não impediu a incorporação, aqui, de institutos jurídicos típicos do *common law*, como é o caso dos *punitive damages*, aplicáveis, nos Estados Unidos, também às demandas envolvendo a má prática profissional.

Consistem os *punitive damages* em uma indenização complementar fixada em proveito da vítima de um dano sofrido em circunstâncias especiais, que denotam uma reprovabilidade ampliada da conduta do agressor. Assim, segundo o direito norte-americano, além

de indenizar os danos morais e materiais decorrentes de sua conduta, o médico pode, em certas situações de erro, ser compelido ao pagamento não apenas das indenizações de natureza compensatória, mas também de uma indenização adicional, de natureza punitiva, em razão de sua conduta prejudicar não apenas o paciente, mas também a coletividade, que passaria a temer a atuação médica, e a própria classe dos médicos, que teria sua respeitabilidade e prestígio maculados.

A aplicação dos *punitive damages* no âmbito do direito brasileiro ainda provoca discussões, a despeito da sua adoção pela jurisprudência nacional (ARAÚJO FILHO, 2014). A sua aplicabilidade no que se refere à responsabilidade civil do médico é, todavia, ainda pouco discutida no país.

Pretende o presente trabalho analisar o instituto dos *punitive damages*, a sua aplicabilidade a demandas judiciais envolvendo questionamentos de condutas médicas e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e com as normas vigentes para a responsabilização do médico por má prática profissional.

2 PUNITIVE DAMAGES

Os *punitive damages* podem ser conceituados como sendo a indenização complementar excepcionalmente fixada em razão do caráter extremamente reprovável da conduta adotada pelo sujeito agressor, com o propósito de puni-lo por sua falta e de criar uma intimidação social, servindo seu caso como exemplo para que novas condutas semelhantes não sejam adotadas (caráter pedagógico).

Trata-se de uma indenização complementar, a ser fixada além daquelas de natureza reparatória ou compensatória (*compensatory damages*), que são proporcionais aos danos materiais e morais sofridos pela vítima. São fixados apenas em situações extremas, em que a conduta do sujeito agressor é considerada excepcionalmente reprovável, por ter sido praticada de forma dolosa, maliciosa, arbitrária ou reiterada, causando não apenas danos à vítima direta, mas um grave desequilíbrio social. Por isso, são também conhecidos como *exemplary damages* e, no âmbito do direito brasileiro, como indenização punitiva ou *Teoria do Valor do Desestímulo* (RESEDÁ, 2008, p. 233).

A despeito de sua ampla e notória utilização no âmbito do direito norte-americano, os *punitive damages* nasceram no direito inglês. Desde o século XIII, já havia previsão no ordenamento jurídico inglês de aplicação de indenizações de natureza punitiva (pena civil), mas apenas no século XVIII sua utilização passou a ser mais pronunciada, como uma resposta a condutas relativas a abuso de autoridade e restrições indevidas ao direito de ir e vir, que, além de ser protegido via *habeas corpus*, também passou a ser objeto de ações indenizatórias.

O caso pioneiro na fixação de *punitive damages* no direito inglês é o *Wilkes vs Woods*, de 1763, em que o Rei George III determinou a expedição de um mandado de prisão genérico, sem indicação do suposto autor do crime, em razão da publicação de um artigo por ele reputado ofensivo. Foram presas 43 pessoas, por ordem do Subsecretário de Estado, dentre elas o efetivo autor do artigo. Em razão do evidente abuso de autoridade praticado, com a prisão indevida de diversas pessoas, *Wilkes*, o autor do artigo, postulou não apenas o ressarcimento de prejuízos sofridos, mas também a fixação de uma “indenização exemplar”, a fim de que restasse demonstrada a inaceitabilidade desta conduta (RESEDÁ, 2008, p. 239).

A partir deste caso, os *punitive damages* passaram a ser aplicados a casos envolvendo abuso de autoridade e a situações em que o ilícito tivesse sido praticado de forma especialmente ultrajante, maliciosa, opressiva ou fraudulenta.

Com o tempo, os *punitive damages* foram perdendo força no âmbito do direito inglês, em especial por serem considerados incompatíveis com a natureza eminentemente reparatória/compensatória da responsabilização civil. Atualmente sua aplicação é residual, sendo cabível apenas em três hipóteses: quando o cidadão for privado arbitrariamente de seus direitos pela administração pública, quando o sujeito enriquecer em razão de uma conduta culposa (*tort*) ou quando houver previsão legal expressa para sua aplicação (*statute*) (SANSEVERINO, 2010. p. 70).

No âmbito do direito norte-americano, o instituto dos *punitive damages* já era aceito desde os seus primórdios, tendo sido recepcionado como parte do direito legado do colonizador inglês. Os primeiros casos em

que o instituto foi aplicado, todavia, ocorrem pouco tempo depois da sua aplicação inicial no âmbito do próprio direito inglês.

O primeiro caso em que este instituto foi utilizado nos Estados Unidos foi o *Genay vs Norris*, que data de 1784. Tratou-se de demanda proposta contra um médico que, após ser desafiado para um duelo, inseriu na taça de vinho do seu adversário uma droga inofensiva, mas capaz de lhe causar dores extremas, induzindo-o a ingeri-la. Entendeu-se que houve o uso indevido por parte do profissional médico de seus conhecimentos técnicos, sendo sua conduta extremamente reprovável, a justificar a fixação de uma indenização complementar (SCHREIBER, 2013, p. 211).

Em 1791, ocorreu um outro caso paradigmático, o *Coryell vs Colbough*, em que houve o rompimento de uma promessa de casamento quando a noiva já estava grávida, conduta reputada excessivamente constrangedora para a mulher (RESEDÁ, 2008, p. 243). Mas foi só a partir da década de 60 do século XX que o instituto passou a ser utilizado para reprimir grandes ou graves acidentes de consumo, disseminando-se por quase todos os estados americanos, sendo aplicável, atualmente, em sua grande maioria.

O sistema jurídico norte-americano dispõe que as demandas de qualquer natureza (cíveis ou penais) devem ser, como regra, julgadas por júri popular. Essa peculiaridade levou à ampla adoção e disseminação dos *punitive damages*, que passaram a ser aplicados pelos júris de forma livre, sem critérios técnicos, vinculação a pedidos específicos das partes e limitações de valor. Foram deferidas indenizações milionárias em demandas extremamente controversas, que foram fixadas, em sua maioria, não com base nas condutas praticadas, mas sim com base em características pessoais do agressor, sendo mais elevadas para agressores abastados ou impopulares (MORAES, 2000). Diante disso, a própria doutrina jurídica norte-americana passou a levantar objeções à aplicação do instituto. Tanto que em alguns estados já foram editadas normas tendentes a limitar ou eliminar sua aplicação.

A primeira delas é exatamente a falta de critérios uniformes para a aplicação dos *punitive damages* na medida em que não haveria previsão legislativa para tanto. Segundo Salomão Resedá (2008, p. 254) haveria,

ao contrário, vedação constitucional à imposição de penas excessivas. Não existiria nenhum parâmetro seguro para definição das condutas que mereceriam a incidência do acréscimo indenizatório, deixando as partes em um estado de imprevisibilidade total.

Diante dessa crítica, vários estados americanos passaram a exigir que o pleito de condenação em *punitive damages* fosse formulado pelo acionante desde a petição inicial, para viabilizar o direito de defesa do acionado, entendimento adotado pela Suprema Corte Norte-Americana. Ademais, os valores indenizatórios fixados passaram a ser revistos pelas cortes superiores, como forma de adequá-lo a critérios por elas objetivamente fixados, evitando-se as punições excessivas.

A Suprema Corte Norte-Americana fixou, a fim de reduzir a insegurança jurídica, balizas para a aplicação dos *punitive damages*. Em 1996, no julgamento do caso *BMW of North America, Inc. vs Gore*, entendeu que a Constituição impediria a fixação de indenizações arbitrárias ou irracionais, de modo que os valores das indenizações punitivas fixados pelos júris populares poderiam ser revistos pelos tribunais superiores com base em três critérios: o grau de repreensão da conduta do agressor, a desproporção entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva e a diferença entre o valor da indenização punitiva e das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes no mesmo estado (MORAES, 2000, p. 62).

Em 2003, por ocasião do julgamento do caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs Campbell*, os critérios para fixação dos *punitive damages* foram novamente analisados pela Suprema Corte, sendo incluídos parâmetros complementares para a sua fixação, a saber, deverá ser analisado o grau de repreensão da conduta do agressor, se a vítima sofreu dano físico ou puramente econômico, se o dano é resultado de dolo, fraude, ou negligência do réu ou se é uma consequência natural da própria conduta, se o dano é fruto de ações reiteradas ou de uma ação isolada e se a conduta do agressor revela absoluta falta de consideração ou respeito pela vida de outrem (MORAES, 2000, p. 64).

Uma outra crítica trazida pela doutrina norte-americana aos *punitive damages* seria a de que a perspectiva de recebimento de tais indenizações induziria a um aumento da litigiosidade em razão unicamente

do interesse lucrativo (RESEDÁ, 2008, p. 255). Percebeu-se, com o tempo, um abuso por parte das vítimas, que criavam ou aumentavam as supostas lesões sofridas apenas para obtenção das indenizações milionárias. Este problema também vem sendo enfrentado no âmbito do direito brasileiro no que se refere às indenizações por danos morais, que vêm sendo postuladas e deferidas sem critérios seguros, criando uma verdadeira indústria, também não imune a críticas.

Alega-se, por fim, que os *punitive damages* levariam ao enriquecimento sem causa da vítima, que teria um ganho financeiro muito superior ao prejuízo por ela experimentado, percebendo valores que, a rigor, deveriam ser direcionados para outras vítimas dos atos praticados pelo agressor. Haveria a criação da chamada “loteria judicial”, em que o sujeito obtém o valor de um prêmio de loteria sem nenhuma razão justificável (RESEDÁ, 2008, p. 256).

A despeito das críticas formuladas, os *punitive damages* continuam sendo aplicados no âmbito do direito norte-americano. Apesar das limitações impostas pela Suprema Corte e das próprias restrições impostas por alguns Estados à sua aplicação, a era das condenações milionárias e desarrazoadas parece ainda não ter ficado para trás.

Após análise de decisões judiciais no estado de Massachusetts envolvendo a aplicação dos *punitive damages* durante vinte anos (de 1979 a 2000), Clermont e Eisenberg (2018) concluíram que os júris populares e os juízes concederiam indenizações punitivas em valores equivalentes para situações semelhantes, o que denotaria uma estabilização do instituto, com a adoção de critérios mais ou menos uniformes de valoração.

Tais conclusões foram, todavia, contestadas por Hersch e Viscusi (2018), que, analisando os mesmos dados, concluíram que 98% das grandes indenizações punitivas concedidas no período foram aplicadas por júris e apenas 2% por juízes singulares e que, além disso, as indenizações deferidas pelos júris eram imprevisíveis e sem correlação adequada com os *compensatory damages* fixados. Concluíram, ainda, que os júris seriam mais propensos à concessão de *punitive damages* e mesmo de *compensatory damages* em valores mais elevados que os juízes singulares.

Esses estudos demonstram que, apesar do uso disseminado dos *punitive damages* no âmbito do direito norte-americano, as controvérsias sobre a sua aplicabilidade, critérios de utilização e eficácia continuam atuais.

3 APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

A aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro ainda é objeto de controvérsia. Alguns autores advogam a sua inaplicabilidade em razão de peculiaridades do sistema jurídico nacional, em especial no que se refere às funções da responsabilização civil. Outros defendem a sua plena aplicabilidade, com fundamento em normas de ordem constitucional e nos primados da boa-fé e da vedação ao abuso de direito (MORAES, 2000).

A primeira, e talvez a principal, objeção feita ao uso das indenizações punitivas no país se refere exatamente à ausência de previsão legislativa nesse sentido. Como assevera Maria Celina Bodin de Moraes, “não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva ao lado da função compensatória à indenização de danos extrapatrimoniais. Ao contrário, o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi por diversas vezes rejeitado pelo legislador nacional” (MORAES, 2000, p. 47-48).

De fato, na medida em que os *punitive damages* têm inegável natureza de pena civil e que, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, não se admite a imposição de pena sem prévia cominação legal, a sua utilização no âmbito do direito brasileiro dependeria necessariamente de uma alteração legislativa.

Como anteriormente asseverado, o Brasil adota o sistema jurídico do *civil law*, sendo, portanto, a previsão legislativa pressuposto para a aplicação de um instituto no país, ao passo que no âmbito do direito norte-americano, onde vige o sistema do *common law*, as normas jurídicas são criadas em função dos casos concretos levados à apreciação nos tribunais. Nesse sentido, a ausência de previsão legal refletiria uma clara opção do legislador nacional pelo caráter reparatório/compensatório da

responsabilidade civil, afastando-se das antigas concepções da indenização como pena civil. A esta objeção, os defensores dos *punitive damages* alegam que haveria previsão constitucional para a sua aplicação no Brasil.

Entendendo-se o dano como sendo a lesão a um interesse juridicamente tutelado, a simples conduta ilícita, violadora de um direito subjetivo, tenha ela consequências concretas ou não, causaria um dano, chamado de “dano evento”, na medida em que ofenderia o interesse da vítima direta e de toda a coletividade, ante a sua contrariedade ao direito. Uma mesma conduta ilícita pode gerar, também, um prejuízo efetivo para a vítima, com a redução de seu patrimônio ou agravos de natureza moral, sendo consequência do “dano evento”, chamado de “dano resultado”. Seriam o dano evento e o dano resultado duas etapas de uma mesma conduta. Como esclarecem Leal e Bonna, “[o] dano, sob uma perspectiva, é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse juridicamente protegido (dano-evento); por outra perspectiva, o dano será a consequência da lesão (dano-prejuízo)” (2017, p. 58).

De acordo com o art. 927 do Código Civil vigente, a função da responsabilidade civil é a de corrigir o dano prejuízo. Tanto que, segundo Sergio Cavalieri Filho,

[n]ão haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (2008, p. 70). Assim, o sujeito que comete um ilícito, mas não gera prejuízo efetivo, não poderia ser responsabilizado, já que teria havido o “dano evento” (ilícito), mas não o “dano prejuízo.

Segundo os seus defensores, os *punitive damages* buscariam subverter essa lógica, garantindo que mesmo condutas ilícitas que não causem “dano prejuízo” gerem o dever de indenizar. A responsabilidade civil serviria, assim, como um instrumento para desestimular condutas reprováveis que não causaram prejuízos para vítimas específicas ou que causaram prejuízos de pequena monta, não atrativos para a busca do ressarcimento do ponto de vista individual em razão dos custos agregados ao processo.

A utilização dos *punitive damages* estaria, assim, implicitamente autorizada pela Constituição Federal, que, ao preconizar o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem-estar geral (art. 3º. III e IV), a inviolabilidade dos interesses existenciais do ser humano e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), autorizaria a utilização da responsabilização civil como um instrumento não apenas para a reparação de prejuízos, mas também para a tutela dos interesses sociais, para a promoção da solidariedade social e da justiça distributiva (LEAL; BONNA, 2017).

A Constituição Federal admitiria a responsabilização civil sem a presença do “dano prejuízo”, quando ela desempenharia função diversa da reparatória. Em função da incidência dos princípios constitucionais também às relações privadas (Constitucionalização do Direito Civil), a responsabilidade civil poderia ser utilizada para punir condutas inadequadas, de modo que os *punitive damages* seriam uma indenização que funcionaria como um desestímulo às atividades violadoras de direitos e potencialmente causadoras de “danos prejuízos”, colaborando para a imposição de um padrão de comportamento socialmente desejado.

Desse modo, seria possível a imediata aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. Não em todos os casos de responsabilização civil mas em situações em que as condutas dos agressores sejam marcadas por atos reiterados, ultrajantes, gravíssimos e caracterizados por alto grau de indiferença com os direitos alheios. Serviriam para sancionar o agressor naquelas hipóteses em que ele não teria perspectiva de ser responsabilizado civilmente, na medida em que suas condutas ilícitas não geram “danos prejuízo” ou geram lesões de pequena monta.

Farias, Braga Neto e Rosenvald defendem que os *punitive damages* também encontram guarida infraconstitucional. Não na cláusula geral de ilicitude, prevista pelo art. 186 combinado com o art. 927 do Código Civil, mas sim “em uma noção de sanção punitiva decorrente de fato ilícito em sentido amplo [...] inerente à teoria do fato jurídico, justificando uma série de dispositivos esparsos na lei civil”, a exemplo da indenização devida em caso de cobrança indevida, fixada pelo art. 42 do Código de Defesa do

Consumidor, e das sanções indicadas pelo art. 12 do Código Civil, para as situações de ameaças e/ou lesões a direitos da personalidade (2018, p. 467-468).

Os autores contrários à aplicação dos *punitive damages* trazem objeções acerca do enriquecimento sem causa da vítima e do estímulo à litigância excessiva e abusiva, críticas semelhantes às feitas ao instituto também no âmbito do direito norte-americano (RESEDÁ, 2008, p. 257).

A primeira objeção é rechaçada pelos seus defensores ao argumento de que o enriquecimento baseado em uma condenação judicial não seria reputado ilícito, já que decorrente de uma causa justificada. Ademais, como ressalta Luciana de Godoy Penteadó Gattaz, na medida em que as indenizações punitivas são arbitradas com o propósito de coibir condutas de extrema culpabilidade e que ofendem direitos fundamentais e da personalidade, como a vida, a saúde e a segurança das vítimas, “não é difícil defender que prevaleça sobre uma norma infraconstitucional, tal como é a vedação do enriquecimento sem causa” (2016, p.13).

Ademais, o ordenamento pátrio admite que o valor dos *punitive damages* seja direcionado não para a vítima mas sim para entidades de assistência social ou para o próprio Estado, o que também permitiria a solução dessa questão.

E quanto ao abuso nos pleitos indenizatórios, entende-se que ele seria apenas uma etapa necessária para a estabilização do instituto, podendo ser contido pelos mecanismos que obstam a litigância de má-fé em geral (ANDRADE, 2003).

Outra crítica à aplicação do instituto reside no fato de que no ordenamento jurídico brasileiro existem mecanismos específicos para a tutela de interesses da coletividade, tanto no âmbito civil (ação civil pública e ações coletivas) quanto no âmbito penal e administrativo (pagamento de multas). Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 75) defende, inclusive, que “a única exceção admitida em nosso sistema jurídico de indenização com natureza punitiva é nas hipóteses de danos extrapatrimoniais coletivos”. Nesses casos, as indenizações pagas são direcionadas a fundos específicos, sendo revertidas em favor de toda coletividade. Diante disso, a condenação do agressor ao pagamento de *punitive damages* em demandas individuais

poderia implicar em um *bis in idem*, já que o objetivo desta indenização também seria o de recompor um dano coletivo já tutelado por outro instituto.

Em que pesem as divergências acima apontadas, o fato é que a ideia da fixação de uma indenização de caráter punitivo já foi incorporada ao direito pátrio através do processo de arbitramento das indenizações por danos morais. Como ressalta Anderson Schreiber,

[n]o Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral (2013, p. 211).

Em que pese o art. 944 do Código Civil determinar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, denotando que ela deve ser fixada no valor necessário à reparação/compensação dos danos, o fato é que outras balizas vêm sendo adotadas no processo de arbitramento das indenizações por danos extrapatrimoniais.

Segundo Paulo de Tarso Sanseverino (2010), o Código Civil teria previsto implicitamente um critério de duplo arbitramento para as indenizações por danos morais, que devem ser fixadas em duas etapas. É o chamado método bifásico de quantificação do dano moral. Primeiramente, deve ser fixado um valor de base, tomando-se como parâmetro os precedentes dos tribunais para casos semelhantes e, em seguida, devem ser analisadas as situações do caso concreto, a saber, a capacidade econômica das partes, as consequências do evento danoso e o ânimo do agressor, em um processo semelhante ao efetuado quando da dosimetria da pena no âmbito do direito penal. Busca-se, assim, fixar uma indenização que seja capaz não apenas de compensar os prejuízos sofridos pela vítima, mas também de penalizar o ofensor, obrigando-o a dispender um valor que considere expressivo.

O mesmo autor ressalta, todavia, que, a seu ver, a referência feita ao caráter punitivo das indenizações por danos morais não seria suficiente para enquadrá-las como *punitive damages*, sendo, na verdade, apenas uma

“fundamentação voltada ao arbitramento equitativo da indenização calcada na sua função satisfatória” (2010, p. 75-76).

Por ocasião das discussões acerca da reparabilidade do dano moral, que restaram superadas no âmbito do direito brasileiro com a Constituição de 1988, que previu expressamente a sua reparação (art. 5º, X), um dos argumentos a favor da indenização nesses casos era exatamente o de seu caráter punitivo e pedagógico. Talvez o entendimento acima referido seja baseado em um resquício dessa antiga discussão (MORAES, 2000).

De qualquer sorte, de acordo com Raul Araújo Filho (2014), os precedentes do Superior Tribunal de Justiça demonstram que, apesar da inexistência de previsão expressa de utilização da gravidade da culpa como critério para arbitramento dos danos morais, essa análise é comumente efetuada, havendo a majoração das indenizações arbitradas em situações em que a conduta do ofensor é considerada especialmente reprovável, seja a responsabilidade incidente objetiva ou subjetiva.

Assim, de *lege ferenda*, os *punitive damages* são amplamente aplicados no âmbito do direito brasileiro, a despeito das relevantes críticas que lhe são feitas. Todavia, não são cabíveis em qualquer demanda indenizatória, exigindo a confluência de certos requisitos que justifiquem a imposição de uma penalidade ao ofensor.

Segundo André Gustavo Andrade (2003), no âmbito do direito brasileiro os *punitive damages* só poderiam ser aplicados quando estivessem presentes os seguintes pressupostos:

a) Dano moral a ser compensado: nas hipóteses em que a vítima sofreu apenas danos materiais a aplicação dos *punitive damages* seria difícil ante a regra básica de que a indenização se mede pela extensão do dano sofrido e a ausência de previsão legislativa para a sua utilização. Mesmo no âmbito do direito norte-americano, não se admitiria, como regra, a fixação de indenizações punitivas nas hipóteses de simples descumprimento contratual, em que a lesão é puramente patrimonial, orientação também adotada no direito brasileiro¹. Já no que concerne às indenizações por danos

¹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.

morais, esse obstáculo restaria superado ante a inexistência de parâmetros objetivos para a mensuração dos valores necessários à compensação da vítima;

b) Culpa grave por parte do agressor: como a função dos *punitive damages* seria a de punir o agressor, bem como servir de exemplo para a sociedade, desestimulando a adoção de condutas semelhantes, há necessidade de valoração da conduta por ele adotada, que só pode ser apenada se for reprovável e merecedora de censura. Segundo Resedá (2008), a conduta reprovável do agressor, que justificaria a indenização punitiva, seria aquela praticada com má-fé, dolo ou atitudes moralmente culpáveis, comportamentos que podem ser agravados pela reincidência do agressor. Este mesmo autor pontua, ainda, a necessidade de que a conduta praticada seja desestimulada, não havendo sentido no arbitramento da indenização punitiva para situações pontuais, mas apenas para aquelas situações em que o comportamento seja passível de repetição por terceiros;

c) Lucro ilícito do agressor com a conduta: os *punitive damages* também seriam aplicáveis em hipóteses em que o agressor obtém vantagens financeiras com o ato praticado. Nesses casos, segundo Andrade (2003), seria dispensável até mesmo a prova da culpa grave para a aplicação da indenização punitiva na medida em que o simples fato de o sujeito obter lucro com a lesão a direitos extrapatrimoniais de terceiros, por si só, seria reprovável, havendo a necessidade de que as vantagens por ele obtidas sejam integralmente perdidas, eliminando-se o lucro indevido por meio do pagamento da indenização.

Deve ser observado, ainda, que os *punitive damages* são aplicáveis tanto em hipóteses de responsabilização objetiva quanto de responsabilização subjetiva. Em que pese a responsabilização objetiva

INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.

1. Julgamento sob a égide do CPC/15.

2. O inadimplemento contratual não causa, por si só, danos morais.

Precedentes.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1684009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 04/12/2017)

independer da existência de culpa do agressor, ela pode estar presente na conduta danosa e deverá ser analisada para a aferição do seu grau de reprovabilidade.

4 PARÂMETROS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO

A relação médico paciente é indubitavelmente uma relação jurídica na medida em que produz direitos e deveres para ambas as partes. Possui nítida natureza contratual, havendo alguma divergência nesse particular no que se refere a relações travadas com pacientes incapazes, bem como com prestadores de serviços públicos de saúde, que não teriam conotação negocial (KFOURI NETO, 2001).

Apesar de acirrada controvérsia doutrinária², o entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido de que relação médico paciente é uma relação de consumo, de modo que incidem sobre ela as regras do Código de Defesa do Consumidor acerca da matéria³. E, de acordo com o

² O próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/2018) dispõe, em seu item XX, que: “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.”

³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA OFTALMOLÓGICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO SERVIÇO PRESTADO. ART. 14 DO CDC. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta eg. Corte delimitou adequadamente a natureza da responsabilidade dos serviços de saúde prestados por sociedades empresárias e por pessoas físicas levando em consideração, notadamente, as peculiaridades de cada contrato.

2. “[...] aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)” (REsp 1.145.728/MG, Relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 28.6.2011).

3. A teor do art. 14, caput, do CDC, tem-se que o hospital responde objetivamente pelos danos causados ao paciente-consumidor em casos de defeito na prestação do serviço.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 768.239/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016)

art. 14 deste diploma legal, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, salvo no caso dos profissionais liberais, em que ela é subjetiva (art. 14, §4º).

Nesse particular, o regramento do Código de Defesa do Consumidor pouco difere daquele previsto pelo Código Civil, na medida em que a atividade médica, isoladamente desempenhada, impõe a responsabilização subjetiva do profissional, conforme art. 951 do Código Civil, mas, desempenhada em larga escala, de forma empresarial, pode ser considerada uma atividade de risco, levando à incidência, nos casos de erro médico, das regras esculpidas nos arts. 927, parágrafo único, e 932, III, do Código Civil, que impõem a responsabilização objetiva do prestador de serviços. Ressalte-se que, mesmo nesses casos, a responsabilidade do médico é subjetiva, em razão do quanto disposto no referido art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, sendo a responsabilização objetiva imputável apenas à clínica/hospital.

Tradicionalmente, os danos passíveis de reparação são divididos de forma binária em danos materiais e morais. Os danos materiais seriam aqueles que implicam em uma redução patrimonial imediata (danos emergentes) ou futura (lucros cessantes e danos futuros). Já os danos morais seriam conceituados por exclusão, englobando todas as lesões a direitos de caráter extrapatrimonial (direitos da personalidade e direitos de família puros), bem como outras lesões não aferíveis pecuniariamente.

A reparação civil recaía exclusivamente sobre o patrimônio, cabendo ao agressor o dever de reparar as perdas patrimoniais imediatamente sofridas pela vítima bem como as vantagens que esta razoavelmente deixou de auferir. Com o reconhecimento dos direitos da personalidade, desenvolveu-se a teoria da reparabilidade do dano moral, decorrente da lesão a direitos de caráter extrapatrimonial, que devem ser compensados, minorando-se os inconvenientes sofridos pela vítima. A reparabilidade do dano moral no direito brasileiro não é mais controversa, na medida em que foi expressamente prevista pelo art. 5º, X, da Constituição Federal, como referido anteriormente.

De acordo com o entendimento atual da jurisprudência, são cumuláveis as indenizações por danos morais e materiais, conforme Súmula 37 do STJ. Isso porque uma mesma conduta pode lesar direitos

patrimoniais e extrapatrimoniais. Tal situação ocorre com frequência em casos de erro médico em que o paciente experimenta os prejuízos materiais decorrentes das despesas com o tratamento de saúde e com o período de convalescença bem como a lesão indevida à sua integridade física.

Ao lado da cumulação dos danos morais e materiais, admite-se, também, a cumulação dos danos estéticos, que são aqueles que geram alterações morfológicas permanentes no sujeito, que levam à sua segregação social, tornando-o objeto de repulsa (DINIZ, 2011). Segundo a Sumula 387 do STJ, caso o dano estético seja passível de apuração separada e tenha causa inconfundível com aquela geradora dos danos moral e material postulados, admite-se a cumulação das indenizações.

De acordo com o art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano. Com isso, foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da reparação integral, garantindo-se que a vítima receba indenização proporcional ao prejuízo por ela experimentado, não enriquecendo ilicitamente (SANSEVERINO, 2010). No parágrafo único do mesmo dispositivo, determina-se, todavia, que, em havendo uma desproporção entre o grau da culpa do agressor e o dano, deve haver uma redução do valor da indenização devida.

No caso dos danos materiais, a fixação da indenização é mais fácil, por depender de um critério puramente objetivo, matemático. Já no caso da indenização por danos morais, essa tarefa é mais complexa, na medida em que se busca compensar prejuízos não aferíveis pecuniariamente. E essa incerteza quanto aos critérios a serem utilizados para a sua fixação é que vem, na prática, viabilizando a imputação de indenizações de caráter punitivo no direito brasileiro.

5 PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO

Como acima esclarecido, no âmbito do direito norte-americano, os *punitive damages* são passíveis de utilização em demandas em que são questionados erros médicos/má prática profissional. Segundo Clermont e Eisenberg (2018), as demandas envolvendo erros médicos (*medical malpractice*) comporiam, somadas às demandas decorrentes de ilícitos

extracontratuais e contratuais (*torts e contracts*) e às demandas relativas à discriminação no trabalho (*job discrimination*), o universo dos processos em que são postuladas e deferidas indenizações punitivas.

A aplicação dos *punitive damages* não é cabível em qualquer situação de má prática médica, mas apenas em situações em que o profissional atua de forma extremamente reprovável, sendo assim consideradas aquelas em que ele age com negligência grave; indiferença/desprezo à segurança e bem-estar do paciente; patente desrespeito aos preceitos éticos que regem a sua profissão; malícia, violência ou opressão; imprudência extrema, fraude ou em outras circunstâncias que impliquem em agravamento de sua conduta (SCHLUETER; REDDEN apud ANDRADE, 2003, p. 146). O médico deve ser penalizado quando age de forma extremamente imprudente ou prejudicial ao seu paciente, estando ciente do caráter ilícito/antiético de sua conduta.

André Gustavo Corrêa Andrade (2003) aponta alguns casos em que foram aplicados *punitive damages* pelas cortes norte-americanas, em razão de *medical malpractice*, que evidenciam o seu caráter excepcional. Ele indica situações em que os profissionais deixaram de utilizar a técnica apropriada, adotaram as técnicas apropriadas e as executaram de forma imprópria, incompetente ou mesmo maliciosa ou deixaram de praticar atos de sua incumbência. Ressalta o caso de um médico que destruiu o prontuário de seu paciente com o objetivo de ocultar provas de sua negligência, o de um anestesista que abandonou a sala de cirurgia no curso do procedimento, expondo o paciente a risco de complicações, e o de um médico que implantou em sua paciente silicone impróprio para uso humano.

Outros casos relatados pela doutrina são o de um médico de prestava atendimentos parciais aos seus pacientes, para garantir o seu retorno para novos atendimentos, e o de um hospital que omitiu de pacientes idosos, de saúde mais frágil, a ocorrência recorrente de casos de infecção hospitalar, deixando-os suscetíveis à contaminação (SUSZEC, 2018).

Percebe-se, pelos casos narrados, que os *punitive damages* são aplicados quando há uma falta extrema por parte do profissional médico, capaz de causar o desprestígio para toda a classe médica e expor a risco a própria confiabilidade da relação médico-paciente.

As principais críticas à aplicação dos *punitive damages* em demandas envolvendo má prática profissional médica nos Estados Unidos são de ordem econômica.

A fixação de indenizações por erro médico de forma frequente, impôs a necessidade de contratação de seguros de responsabilidade por parte de médicos e hospitais, para garantia de suas atividades. E esse custo, como ocorre em qualquer atividade econômica, é repassado para os consumidores, com a elevação dos preços e consequente restrição do acesso aos serviços, situação que ganha contornos dramáticos quando se observa que, nos Estados Unidos, a saúde é prestada de forma inteiramente privada.

Como o prêmio dos seguros é proporcional ao risco de ocorrência do sinistro, quanto maior o valor das indenizações arbitradas, o que ocorre com a condenação em *punitive damages*, maiores se tornam os custos com seguro e, conseqüentemente, o preço dos serviços de saúde (SUSZEC, 2018).

Em alguns estados americanos, houve redução da própria oferta de seguros de responsabilidade civil para médicos e hospitais em razão de condenações reiteradas ao pagamento de indenizações punitivas muito elevadas. Esse fenômeno também vem sendo apontado como causa da redução da oferta de profissionais e serviços de saúde em áreas mais propensas a processos, como ginecologia e obstetrícia, cirurgia geral e cirurgia plástica.

Objeta-se, ainda, que os *punitive damages* teriam um caráter acessório, na medida em que a principal obrigação associada ao erro médico seria a de reparar/compensar os prejuízos sofridos pelos pacientes. Desse modo, a sua fixação serviria apenas para majorar o custo dos serviços de saúde, não se garantindo a compensação para todos os pacientes lesados pelo médico, mas apenas para aquele que vinha a ser agraciado pela fixação excepcional de uma indenização punitiva.

Em razão dessas ponderações, diversos estados americanos passaram a restringir ou mesmo a vedar a fixação de punitive damages em demandas relativas a erros médicos. Diante disso, os júris e julgadores passaram a utilizar a mesma estratégia utilizada no Brasil para fixação das indenizações punitivas, qual seja, a de majorar o valor dos compensatory damages a fim de punir, de forma transversa, o profissional médico. Para coibir esse comportamento, novas alterações legislativas vêm sendo efetuadas para fixar limites ao arbitramento não só das indenizações punitivas, mas também das indenizações por danos extrapatrimoniais, adotando-se em alguns estados um sistema de tabelamento (SHARKEY, 2018).

As mesmas objeções de ordem econômica à aplicação dos *punitive damages* nas situações de erro médico também são aplicáveis no âmbito do direito brasileiro. A judicialização da medicina vem ganhando força no país. De acordo com os dados dos Relatórios “Justiça em Números” elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2020), no ano de 2019 foram ajuizadas perante a Justiça Comum Estadual do país 28.164 novas demandas em que os autores postularam indenização por danos morais e/ou materiais em razão de erro médico, número superior ao verificado em 2018 (21.551) e inferior ao verificado em 2017 (29.273).⁴

Considerando-se que, segundo último levantamento do Conselho Federal de Medicina, existem no Brasil 523.528 médicos com registros ativos (CFM, 2020), pode-se afirmar que aproximadamente 15% dos médicos do país já tiveram suas condutas técnicas questionadas judicialmente nos últimos três anos.

Nessa esteira, diversos profissionais médicos e instituições de saúde vêm contratando seguros de responsabilidade profissional, apesar de expressa orientação do Conselho Federal de Medicina em sentido

⁴ Dados obtidos através do site do CNJ: <https://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 10 maio. 2020.

contrário. Como ressalta Gustavo Tepedino, apesar dessas contratações não fazerem parte da tradição brasileira, o aumento da litigiosidade da área médica vem levando à sua disseminação (2000, p. 74)

O fato é que, com base no entendimento acerca do caráter punitivo do dano moral, acima mencionado, a jurisprudência pátria vem fixando indenizações punitivas em casos de erro médico, majorando o valor tradicionalmente concedido para compensação de danos morais equivalentes quando constatada a extrema reprovabilidade da conduta dos médicos envolvidos.

No ano de 2004, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal manteve indenização fixada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª. Região à família de menor falecido em razão de erro médico. Segundo as provas produzidas, o menor teve afundamento frontal de crânio, edema cerebral e contusão hemorrágica em razão de parto a fórceps realizado em hospital público. A União foi objetivamente responsabilizada pelo resultado danoso, sendo condenada ao pagamento de indenização no valor de R\$144.800,00 (cento e quarenta e quatro mil e oitocentos reais), valor superior ao habitualmente fixado para situações de morte à época (máximo de 500 salários-mínimos), por ter sido considerado que houve, no caso, uma culpa elevada dos profissionais envolvidos. Em seu voto, o ministro-relator, Celso de Mello, asseverou a correção da aplicação de uma indenização punitiva no caso:

[...] Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público – presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“*punitive*

damages”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro⁵. (grifos do autor)

Em um julgamento mais recente, o Superior Tribunal de Justiça manteve indenização no valor total de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), sendo R\$60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos morais e R\$60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos estéticos, a uma paciente que teria sido submetida a várias cirurgias plásticas sem sucesso, evidenciando-se a imperícia e imprudência graves por parte do profissional médico responsável. Esse caso ganhou notoriedade, pois a paciente foi atendida por um médico que praticou diversos atos de imperícia, atuando corriqueiramente como cirurgião plástico sem possuir habilitação técnica para tanto. Estima-se que ele tenha lesado mais de 400 (quatrocentas) pacientes, que ficaram com deformidades corporais variadas, de modo que o Ministério Público propôs uma demanda coletiva em favor das vítimas e obteve a condenação solidária do médico e do Conselho Regional de Medicina do Estado, em razão deste ter se omitido de impedir os atos do médico a despeito de ter sido reiteradamente provocado nesse sentido. Ao tratar sobre a fixação da indenização por danos morais e estéticos, o ministro-relator, Herman Benjamin, ressaltou a necessidade de fixação de um valor expressivo em razão da maior reprovabilidade da conduta do profissional médico:

[...] No tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo de Instrumento n. 455.846-4 - RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Celso de Mello, 11 de Outubro de 2004. De 21.10.2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20455846%22&base=deciso&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 23 ago 2021.

sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha a reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672).⁶

⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO EM REITERADAS CIRURGIAS PLÁSTICAS. OMISSÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. DANOS MORAIS. REVISÃO DA INDENIZAÇÃO.

EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul - CRM/MS e A J R O, em razão da realização de reiteradas cirurgias plásticas das quais derivaram danos materiais, morais e estéticos em diversos pacientes, objetivando a condenação dos réus à indenização pelas sequelas advindas dos procedimentos cirúrgicos indevidamente realizados pelo ex-médico.

2. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que, «para a condenação solidária do Conselho à reparação pelos aludidos danos, foi considerado o fato de que o CRM/MS teve ciência «das barbaridades técnicas efetuadas pelo ex-médico» ao menos em 1992 [...] Dita circunstância, qual seja, a patente omissão do Conselho quanto ao seu dever fiscalizador por cerca de dez anos, há de ser ponderada para fixação do importe indenizatório, ainda que se vislumbre a alta somatória que poderá ser a final devida, considerando a totalidade das vítimas. [...] A tal realidade, somem-se os contornos fáticos da presente lide, os quais foram devidamente sopesados pelo magistrado a quo para fins da fixação da verba indenizatória ora impugnada, destacando-se que: a paciente foi submetida a cirurgia nos olhos e no nariz; o procedimento foi mal executado, resultando em epífora (lacrimejamento), dificuldade de fechar totalmente as pálpebras (dorme com os olhos abertos), sendo necessário o uso de colírios e pomadas; para fins de tratamento, o laudo médico pericial recomenda avaliação da permeabilidade dos canais lacrimais e a da possibilidade de cicatrização da pele na pálpebra inferior para reposicionamento do orifício lacrimal; o laudo psicológico aponta o diagnóstico de transtorno de estresse pós-traumático e recomenda tratamento mediante psicoterapia cognitiva comportamental. [...] No tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha a reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672). Desse modo, tendo em vista o histórico dos

Pela análise dos julgados acima, provenientes das mais altas cortes nacionais, pode-se inferir que os *punitive damages* vêm sendo aplicados no país a demandas envolvendo erros médicos, seja a responsabilidade incidente objetiva ou subjetiva. De fato, os valores arbitrados a tal título não chegam aos absurdos montantes fixados pelos tribunais norte-americanos, mas são valores expressivos e que penalizam o médico.

Cabe uma maior reflexão, assim, sobre o que se pretende com a aplicação dessas indenizações punitivas, pois, analisando-se a evolução da judicialização da medicina e o encarecimento das condenações nos Estados Unidos, percebe-se que elas não contribuíram para a melhoria dos serviços, mas apenas para o estabelecimento de um sistema de saúde cada vez mais excludente, acessível a uma pequena parcela da população.

6 CONCLUSÃO

A aplicabilidade dos *punitive damages* no que se refere a demandas envolvendo erros médicos é uma realidade no direito norte-americano. E, com o processo de transferência cultural decorrente da própria globalização, esse instituto, típico do *common law*, foi incorporado ao direito brasileiro sem previsão legislativa, como seria esperado em um país com a tradição do *civil law*, e de forma transversa, como um critério para o arbitramento da indenização por dano moral.

As mesmas premissas utilizadas para aplicação dos *punitive damages* em outras demandas indenizatórias são utilizadas também nos

dissabores passados pela agravada, decorrentes da malsucedida intervenção cirúrgica realizada pelo corréu Alberto Rondon, relatados em sede da decisão agravada, e em especial considerando a prova documental e pericial realizada, entende-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade a fixação procedida pela instância a quo, a saber, o importe de R\$80.000,00 a título de danos morais e, ainda, a mesma quantia, R\$80.000,00, para fins de reparação pelos danos estéticos.» 3. A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no AREsp 903.130/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 7.10.2016, e AgRg no REsp 1.505.298/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6.4.2015.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1671671/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 12/09/2017)

processos relativos a erros médicos, sendo fixada a indenização punitiva quando verificada a ocorrência de condutas profissionais extremamente reprováveis, sem maiores reflexões sobre a influência dessas condenações na organização dos serviços médicos no país e como elas podem indiretamente impactar a população.

Sem pretender menosprezar os danos experimentados pelos pacientes que são vítimas de erro médico, que devem ser, sim, integralmente reparados, o fato é que os médicos podem ser penalizados com a majoração de indenizações decorrentes de suas faltas profissionais, que poderão ir além da compensação pelos danos efetivamente decorrentes de sua conduta, sem base legal e sem uma prévia reflexão social sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: Edição comemorativa, 25 anos / Superior Tribunal de Justiça**. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 327-346

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Para enfrentar a covid-19, o Brasil conta com 422 mil médicos com menos de 60 anos em atividade**. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28715:2020-06-09-21-01-37&catid=3#:~:text=CFM%2FFMUSP%20%E2%80%93%202020.&text=Raz%C3%A3o%20por%20habitante%20%D%20O%20aumento,5%20m%C3%A9dicos%20por%201.000%20habitantes>. Acesso em: 09 dez. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula n. 37.** SÃO CUMULÁVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATOS. Brasília, DF, [1992]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Súmula n. 387.** É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF, [2009]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **AgRg no AREsp 768.239/MT.** Relator: Ministro Raul Araújo, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22RAUL+ARA%DAJO%22%29.MIN.&processo=768239&ba=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **STJ, AGAREsp 313672.** Relator: Ministro Herman Benjamin, 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73015237&num_registro=201701047997&data=20170912&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **AgInt no REsp 1684009/SP.** Relatora: Ministra Nanci Andriighi, 21 de novembro de

2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1684009&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo de Instrumento n. 455.846-4 - RIO DE JANEIRO**. Relator: Ministro Celso de Mello, 11 de Outubro de 2004. De 21.10.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63567>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CAVALIERI FILHO. **Programa de Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CLERMONTÉ, Kevin. M; EINSENBURG, Theodore. **Litigation Realities** (2002). Cornell Law Faculty Publications. Paper 219. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/219>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CREMESP. **Guia da Relação Médico-Paciente**. São Paulo: CREMESP, 2001. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=18>. Acesso em: 06 jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais** 2016 RT VOL.964 (FEVEREIRO 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.964.07.PDF>. Acesso em 09 dez. 2020.

HERSCH, Joni; VISCUSI, W. Kip. **Punitive Damages**: How Judges and Juries Perform. Discussion Paper Nº. 362, 05/2002, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. Responsabilidade Civil sem Dano Prejuízo?. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 15 - n 2, p. 56-71, 2º sem. 2017. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume15_numero2/volume15_numero2_56.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

MODRO, Nilenso Ribeiro. **Considerações sobre a Responsabilidade Civil**: um estudo comparado entre o dano imaterial nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive Damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Revista trimestral de direito civil. v. 18 (abril/junho 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral/ Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHARKEY, Catherine M. **Unintended Consequences of medical malpractice damages caps**. New York University Law Reviv. Volume 80, n. 2, May 2005. p. 391-504. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668023>. Acesso em: 15 fev.2018.

SUSZEC, Andrew. **Can a Patient Get Punitive Damages for Medical Negligence?** Disponível em: <<http://www.alllaw.com/articles/nolo/medical-malpractice/punitive-damages.html>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

TEPEDINO. Gustavo. Responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo: Padma, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. **Revista Bioética** (Impr.) 2012; 20 (3): 38996. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/757>. Acesso em: 09 dez. 2020.

Camila Lemos Azi Pessoa

Doutora em Direito Fundamentais, Cultura e Relações Sociais pela
Universidade Federal da Bahia

Bacharela em Direito pela Universidade Salvador

Procuradora do Município de Salvador

Advogada

TRANSAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:
NATUREZA, CONSEQUÊNCIAS E
SEGURANÇA JURÍDICA

Clairton Kubassewski Gama

TRANSAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: NATUREZA, CONSEQUÊNCIAS E SEGURANÇA JURÍDICA*

TRANSACTION IN TAX MATTERS: NATURE, CONSEQUENCES AND LEGAL CERTAINTY

Clairton Kubassewski Gama

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A TRANSAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1.1 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1.2 CONSEQUÊNCIAS DA TRANSAÇÃO PARA O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 2. A TRANSAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA. 2.1 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA, ESTABILIDADE E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. 2.2 MODALIDADES DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA DA LEI Nº 13.988/2019 E PREVISIBILIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

SUMMARY: INTRODUCTION. 1 THE TRANSACTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE TAX CREDIT. 1.1 LEGAL NATURE OF THE TAX TRANSACTION. 1.2. CONSEQUENCES OF THE TRANSACTION FOR TAX CREDIT. 2 THE TRANSACTION FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL CERTAINTY. 2.1 LEGAL NATURE OF THE TAX TRANSACTION, STABILITY AND PROTECTION OF TRUST. 2.2 TAX TRANSACTION MODALITIES OF LAW Nº 13.988/2019 AND PREDICTABILITY. CONCLUSION. REFERENCES.

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o instituto da transação em matéria tributária, sob o enfoque da segurança jurídica. Para tanto, no primeiro capítulo, busca-se identificar a natureza jurídica de tal instituto, tanto no âmbito do Direito Civil, quanto e principalmente na seara do Direito Tributário; e verificar qual a consequência da transação para os créditos tributários transacionados. Em ambos os pontos, procura-se demonstrar a existência de divergências doutrinárias acerca

*ARTIGO RECEBIDO EM 02.12.2020 E APROVADO EM 15.10.2021.

destas questões. No segundo capítulo, pretende-se analisar como a segurança jurídica, sobretudo em suas perspectivas de estabilidade e previsibilidade dos atos do Poder Público, bem como em sua dimensão subjetiva de proteção da confiança, condiciona a atuação da Administração Tributária no âmbito da transação, especialmente nas modalidades previstas na Lei nº 13.988/2020.

Palavras-chave: Direito tributário; transação; natureza jurídica; segurança jurídica; Lei 13.988/2020.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of the transaction in tax matters, from the perspective of legal certainty. For this purpose, in the first chapter, we seek to identify the legal nature of such institute, both in the scope of Civil Law, and mainly and in the area of Tax Law; and verify the consequence of the transaction for the tax credits traded. In both points, we seek to demonstrate the existence of doctrinal divergences on these issues. In the second chapter, we intend to analyze how legal security, especially in its perspectives of stability and predictability of the acts of the State, as well as in its subjective dimension of protection of trust, conditions the performance of the Tax Administration in the scope of the transaction, especially in the modalities provided for in Law No. 13,988/2020.

Keywords: Tax law; transaction; legal nature; legal certainty; Law No. 13,988/2020.

INTRODUÇÃO

Expressivas mudanças de paradigmas têm marcado o Direito Administrativo e a forma de atuar da Administração Pública. E o Direito Tributário não passa ileso por essas mudanças. Verifica-se uma mudança das relações entre fisco e contribuinte: de uma relação de confronto para uma relação de cooperação. Percebe-se um esforço do fisco em estabelecer um ambiente no qual prevaleça a confiança mútua e a colaboração com os particulares. Busca-se uma maior participação do contribuinte e até o consenso deste (SEVERINI, 2009).

Moreira Neto (2001, p. 42) enfatiza o papel do consenso como espírito da democracia, representando uma benéfica renovação que contribui para aprimorar a governabilidade, propiciando mais freios contra abusos, ao mesmo tempo em que garante a atenção de todos os interesses, proporciona a tomada de decisões mais prudentes, evita desvios morais, desenvolve a responsabilidade e torna os comandos estatais mais aceitáveis.

Nessa senda, temos a inserção da possibilidade de transação no sistema tributário brasileiro, com o objetivo de estabelecer um novo paradigma na relação entre a Administração Tributária e contribuintes, que deixam de se confrontar indefinidamente e arcar com os custos e a insegurança que essa condição lhes proporciona, para passarem a compor as posições divergentes, a fim de estabilizá-las em um patamar razoável (SEVERINI, 2009).

A par deste cenário positivo, de busca por maior consensualidade nas relações tributárias, algumas questões ainda devem ser feitas. A quem este instituto efetivamente interessa¹ parece ser um ponto adequado para inaugurar o estudo que se pretende desenvolver.

Pode-se entender a transação como instituto que atende aos interesses do fisco. Esta posição se justifica pela atual e conhecida crise da execução dos créditos tributários. Segundo números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referentes a 2019, a execução fiscal representa 39% do total de casos pendentes no Poder Judiciário, 70% do estoque em execução e possui taxa de congestionamento de 87% (BRASIL, 2020b).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) também divulgou estudo sobre os executivos fiscais em trâmite na Justiça Federal, no qual aponta que o tempo médio de trâmite de uma execução fiscal é de 9 anos, 9 meses e 16 dias. Ainda, segundo o IPEA, o custo unitário médio de cada execução promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

¹ Este questionamento encerra artigo de autoria de Guilherme Adolfo Mendes (2014).

(PGFN) na Justiça Federal é de R\$ 5.606,67, e o ponto de equilíbrio alcança os R\$ 21.731,45. Assim, a transação tributária pode ser vista como meio de otimizar a arrecadação (DUQUE, 2019).

Por outro lado, pode-se entender a transação como instituto que atende aos interesses dos contribuintes, na medida em que estes contarão com (mais um) instituto que lhes possibilite o retorno à regularidade fiscal, compondo dívidas tributárias de forma até mesmo personalizada à sua situação concreta.

Neste contexto é que se propõe o presente estudo, pois, para que possa haver segurança jurídica nessa nova forma de relação entre fisco e contribuintes, é preciso que se conheça, antes, qual tipo de relação se está travando, ou seja, qual a natureza jurídica da transação tributária e quais as suas consequências para o crédito tributário transacionado.

Assim, pretende-se demonstrar como o princípio da segurança jurídica atua sobre a transação em matéria tributária, impondo limites à prerrogativa da Administração Pública de rever seus próprios atos e trazendo estabilidade e previsibilidade para esta nova forma de relação, agora consensual, entre fisco e contribuintes. Para tanto, o trabalho é dividido em duas partes: na primeira, procura-se determinar a natureza jurídica da transação tributária e quais as suas consequências em relação ao crédito tributário; na segunda parte, faz-se um cotejo entre a natureza jurídica e as modalidades de transação previstas na Lei nº 13.988/2020, recente diploma que regulamenta a transação em nível federal, com o princípio da segurança jurídica.

1 A TRANSAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

1.1 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

Com origem no termo latino *transactio*, a palavra transação exprime uma ideia de realização de um pacto em torno de concessões recíprocas, podendo ser utilizada em vários sentidos e significando, em uma acepção mais ampla, qualquer espécie de negócio jurídico (FERNANDES, 2015).

De todo modo, em se tratando de um estudo jurídico acerca do tema, há que se delimitar seu sentido e significado para uma acepção mais técnica. Para tanto, entende-se pertinente recorrer, inicialmente, às bases da legislação civil. Neste ramo, a transação ora foi considerada um ato jurídico, ora um contrato, mas sempre um meio pelo qual as partes poderiam prevenir, decidir ou terminar litígios mediante concessões mútuas de direitos a elas disponíveis (CHRISPIM, 2009, p. 32).

O Código Civil de 1916 tratava da transação em sua Parte Especial, Livro III (“Do Direito das Obrigações”), Título II (“Do Efeito das Obrigações”), Capítulo IX (“Da Transação”). Estava, pois, longe de ser tratada como um contrato, aos quais era dedicado outro título (“IV – Dos Contratos”), ainda que do mesmo Livro III. Na vigência do Código Civil de 1916 a doutrina se dividia entre os que consideravam a transação como um ato jurídico e aqueles que a compreendiam como um instrumento de natureza contratual, a exemplo do que ocorria em outros países e em que pese sua localização no bojo do código (RODRIGUES, 2004, p. 368).

E, aliás, foi neste contexto, de tratamento legal da transação em separado da regulação dos contratos, que sobreveio o Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172/1966.

Enquanto o Código Beviláqua dava margem a esta divisão doutrinária de posições, o atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002) foi claro ao dispor sobre a transação como espécie contratual. O instituto da transação no Direito Civil brasileiro, a partir de 2002, passou a ter lugar no Capítulo XIX (“Transação”) dentro do Título VI (“Das Várias Espécies de Contratos”), do Livro I (“Do Direito das Obrigações”) da Parte Especial. Assim, com o advento do Código Civil de 2002 a discussão doutrinária, ao menos no âmbito do Direito Civil, ficou superada, havendo consenso acerca da natureza jurídica da transação como sendo de contrato. Nesse sentido, Venosa (2010, p. 290) afirma que a transação é “instituto de caráter essencialmente contratual, tanto que o Código Civil de 2002 insere os dispositivos pertinentes entre os contratos em espécie (arts. 840 a 850)”.

Referido autor destaca que a transação se manifesta como verdadeiro tipo contratual, na medida em que “tem por finalidade principal extinguir obrigações, pois tem na sua essência a reciprocidade de concessões, a bilateralidade” (VENOSA, 2010, p. 292), bem como porque pode contemplar direitos diversos, sejam eles litigiosos ou não.

A reciprocidade de concessões e a bilateralidade são elementos de suma importância para a caracterização da transação como espécie contratual. De fato, a previsão legal da transação como espécie de contrato pelo atual Código Civil levou em conta, principalmente, o fato de que esta exige uma dupla manifestação de vontades, de ambas as partes envolvidas, o que lhe alcança, então, o *status* de contrato (GODOY; et al, 2018, p. 823).

Outros importantes doutrinadores do Direito Civil também classificam a transação como espécie de contrato, como Pasqualotto (2008, p. 276), que a caracteriza como contrato consensual, formal, sinalagmático, comutativo e oneroso; e Monteiro (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2014, p. 19), para quem a transação consiste numa manifestação de vontades de, no mínimo, duas pessoas com a finalidade de criar, modificar ou extinguir determinado direito.

Elemento importante e fundamental para a caracterização da transação é que estejam presentes concessões mútuas das partes envolvidas, uma em prol da outra. Do contrário, ou seja, não havendo concessões, ou sendo estas unicamente de uma das partes (unilaterais), não se estará diante de verdadeira transação, mas sim se de outro negócio ou ato jurídico, como a confissão, o reconhecimento do direito ou a remissão (VENOSA, 2010, p. 291).

A questão de quais direitos são passíveis de concessões pelas partes envolvidas na transação é respondida, via de regra, com a referência aos direitos patrimoniais de caráter privado. Nesse sentido, Pereira (1998, p. 182) exemplifica que “comportam transação tanto relações controvertidas de cunho obrigacional, como as de conteúdo real ou sucessório etc.”. Assim prossegue o autor: “podem transigir os sujeitos de uma relação jurídica obrigacional, os pretendentes a uma herança, como ainda os contribuintes, ou o Fisco, desde que autorizado por lei especial etc.”

Já no âmbito do Direito Tributário, a transação encontra regramento legal próprio e tratamento doutrinário particular, podendo ser constada a existência de significativas diferenças entre a “transação civil” e a “transação tributária”.

Embora a norma contida no artigo 110 do CTN tenha aplicação às hipóteses de conceitos utilizados para definição das regras de competência tributária, cabe, neste ponto, fazer uma breve menção a tal dispositivo. Isto porque, principalmente quando cotejado com o disposto no artigo 109 do mesmo diploma legal, parece impedir que Direito Tributário atribua à institutos do direito privado efeitos diversos dos que lhes são atribuídos pelo próprio direito privado. Assim, seria possível defender que o Direito Tributário não pode atribuir à transação natureza diversa daquela atribuída pelo Direito Civil. Contudo, ainda que o Direito Tributário não possa alterar os conceitos do direito privado, nada impede que ele crie seus próprios institutos. E da disposição contida no artigo 171 do CTN parece haver justamente este intuito, de que, por meio de lei própria (lei tributária, diga-se), sejam estabelecidas condições para as partes da relação jurídica tributária celebrarem transações.

Uma interpretação mais literal do CTN também parece conduzir a este entendimento. Veja-se que tanto o Código Civil de 1916, em seu art. 1.025, quanto o Código Civil de 2002, no art. 840, dispuseram sobre a transação de forma muito semelhante, tratando-a como meio hábil aos interessados em “prevenirem ou terminarem o litígio”. Já o CTN prevê em seu artigo 171 que a transação importará em “determinação” de litígio. Salienta-se: enquanto a lei civil fala em “terminação”, a lei tributária trata de “determinação”. Em que pese a posição defendida por muitos doutrinadores no sentido de que se trataria de erro de digitação, é importante observar que a diferença entre “terminação” e “determinação” é bastante expressiva. Enquanto a primeira indica mesmo a ideia de terminar, finalizar, pôr a termo o litígio, a segunda passa a ideia de decidir, resolver o litígio (CHRISPIM, 2009, p. 84).

Diferentemente do que ocorre atualmente no âmbito do Direito Civil, no Direito Tributário a natureza jurídica da transação é bastante controvertida. Alguns doutrinadores veem a transação tributária

também com natureza de contrato. Estes apoiam-se nos fundamentos e características acima delineados, defendidos por civilistas quanto à transação civil (JUNQUEIRA, 2009, p. 81). Já para outros doutrinadores, a transação tributária trata-se de ato administrativo (BALEEIRO; DERZI, 2018, p. 1323).

Salienta-se que o CTN, em nenhum momento, refere-se à transação como modalidade contratual. Portanto, se no âmbito civil a transação tem indiscutível caráter de contrato, pois prevista legalmente como tal, pode-se sustentar que esta premissa não se aplica à transação em matéria tributária, pois neste ramo a transação recebe tratamento bastante diferente. Aliás, como já dito, no contexto em que foi gerado o CTN, ou seja, na vigência do Código Civil de 1916, a transação não era tratada legalmente como contrato nem mesmo pelo Direito Civil. Ora, se nem o legislador civil previu a transação como contrato, não seria o legislador tributário – historicamente sempre mais refratário à ideia de admitir a vontade como elemento integrante da relação jurídica – que o faria (CHRISPIM, 2009, p. 79).

Doutrinadores do Direito Administrativo e do Direito Tributário concordam com a classificação da transação tributária como ato administrativo. Di Pietro (2004, p. 214) afirma que se trata de ato administrativo individual e concreto, participativo, de natureza negocial. Torres (2008, p. 313) enfatiza que o acordo transacional tem natureza de “típico ato administrativo”, por meio do qual Administração e contribuinte chegam à solução consensual do litígio. Godoy (2010, p. 60), por sua vez, sustenta que a transação tributária lembraria o conceito de “contrato fiscal”, tendo natureza de ato administrativo.

Tem-se que o “contratualismo fiscal”, enquanto designador de uma realidade em que fisco e contribuinte encontram-se em situação menos hierárquica e mais negocial, é uma forte tendência do Direito Tributário contemporâneo, reflexo de uma mudança de paradigma na relação entre Administração Tributária e contribuinte que decorre da mudança de paradigma da própria relação entre Administração Pública e administrado (OLIVEIRA, 2015, p. 37).

De fato, a Administração Pública tende cada vez mais a flexibilizar e diversificar os modos de atuação, afastando-se de meios autoritários em prol de formas mais consensuais. Nesse sentido, o ato administrativo deixa de ser visto apenas como uma agressão à esfera individual, para ser, igualmente, um instrumento de satisfação de interesses individuais (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014).

O instituto do *concordato tributário*, previsto no ordenamento jurídico italiano desde a metade do século passado, é indicado como a origem da ideia de contratos fiscais (BUÍSSA; BEVILACQUA, 2015) e, embora a designação de “contrato” fiscal, a sua natureza jurídica não é contratual, sendo esta apenas a expressão que comumente se utiliza (inclusive no direito estrangeiro) para designar o gênero no qual se encontram diversas espécies de atuação pactuada da Administração Pública, mediante técnicas negociais, instrumentos consensuais e outras formas contratuais de prática administrativa. A transação, portanto, seria espécie do gênero contrato fiscal, com natureza não de contrato, mas sim de ato administrativo (POLIZELLI, 2003, p. 379).

O ato administrativo é um ato jurídico, ou seja, uma declaração por pessoa competente que produz efeitos jurídicos (MELLO, 2015, p. 379), com características particulares e que se pode conceituar como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos Administrados ou a si própria” (MEIRELLES, 2004, p. 149). Ou, em outras palavras, como a “declaração do Estado [...] no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (MELLO, 2015, p. 393).

Destaca-se que um dos aspectos do ato administrativo, e talvez o de maior importância, pois é justamente este que o diferencia dos demais atos jurídicos, é o regime jurídico especial que lhe rege. Conforme Almiro do Couto e Silva (2015, p. 145), os atos administrativos estão

sujeitos a um regime particular de Direito, mais especificamente pelo Direito Administrativo, “cuja principal característica está justamente na conjugação dos atributos dos atos administrativos” (MAFFINI, 2009, p. 88-89), ou seja, pela presença de uma série de prerrogativas que lhes conferem características especiais.²

Sundfeld (2002, p. 87) salienta que a produção de atos jurídicos “é uma das atividades estatais mais importantes e frequentes”. No mesmo sentido, Meirelles (2004, p. 149) ressalta que “a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos”.

Diante desta importância perante a Administração Pública e o Direito Administrativo, os atos administrativos comportam diversas classificações doutrinárias. Ao objetivo do presente estudo, nos interessa sobremaneira a espécie de atos negociais.

Há situações em que se constatará uma conjugação de mais de uma vontade, todas com a mesma orientação, formando um bloco unitário. Em decorrência desta conjugação de vontades, haverá a formação, pela Administração, de um ato subjetivamente complexo (SILVA, H.P.; RIBAS, 2015). Esta categoria específica de atos administrativos será denominada de “negocial”, correspondendo aos atos que “são editados em situações nas quais uma determinada pretensão do particular coincide com a manifestação de vontade da Administração” (ALEXANDRINO; PAULO, 2005, p. 359).

Não há que se confundir atos administrativos negociais com contratos administrativos. Isto porque, enquanto nos contratos há uma manifestação bilateral de vontades, nos atos administrativos negociais há uma manifestação unilateral da Administração de concordância com a pretensão do administrado, tendo em vista a coincidência entre as vontades

² Esta questão, das características peculiares dos atos administrativos, que agora é apenas ventilada, será importante para os pontos que pretendemos enfrentar na segunda parte do presente estudo.

destes (MEIRELLES, 2004, p. 86). E, ainda, porque os atos negociais não são livremente estipulados, mas sim decorrentes de lei (MEIRELLES, 2004, p. 186).

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello adverte que, embora este tipo de ato dependa da conjugação das vontades do administrado e da Administração para sua produção, isto não afasta a sua caracterização como de ato administrativo (MELLO, 2015, p. 407). E, por outro lado, admitir que os atos administrativos negociais se originem de manifestação unilateral da Administração Pública não implica negar que a vontade do particular figura como requisito essencial do ato, nem que este ato possa ter efeitos bilaterais, vinculando tanto o administrado quanto a Administração (SILVA, H.P.; RIBAS, 2015, p. 157-173).

Assim, pode-se ver a transação tributária como ato jurídico emanado pela Administração Pública que, em momento anterior a sua concretização, contou com a manifestação do contribuinte, interagindo no processo de produção e elaboração do ato. Esta determinação de natureza jurídica se justifica no atual estágio do Estado de Direito, no qual a busca pelo interesse público deixou de ser um monopólio do Estado e, em uma perspectiva democrática, passou a ser partilhado com a sociedade. Os interesses público e privado, no lugar de se excluírem, se complementam em uma relação de ponderação que visa à formação de uma legalidade legítima, a partir de um dever de colaboração (SILVA, H.P.; RIBAS, 2015, p. 157-173).

1.2 CONSEQUÊNCIAS DA TRANSAÇÃO PARA O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Analisada a natureza jurídica da transação tributária e, principalmente, verificada a existência de divergência na doutrina, pretende-se agora identificar quais as consequências da transação para o crédito tributário.

Inicialmente, tem-se a questão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário diante de uma transação. De forma geral, pode-se afirmar pela não suspensão, haja vista a ausência de qualquer previsão nesse sentido no artigo 151 do Código Tributário Nacional. E, de forma específica à

transação prevista na Lei nº 13.988/2020, diploma regulamentador da matéria em nível federal, o artigo 12, *caput*, assim como o parágrafo 5º do artigo 19, trazem expressa previsão de que a proposta de transação não suspende a exigibilidade dos créditos nem o andamento das respectivas execuções fiscais, exceto se a própria transação contemplar a suspensão convencional dos créditos e dos processos.

Quanto à extinção do crédito, veja-se que a transação foi inicialmente prevista nos artigos 104 e 210 do Anteprojeto de Código Tributário Nacional e, posteriormente foi tratada nos artigos 118 e 136 do Projeto (BRASIL, 1954). Atualmente, no texto em vigor, a transação tributária encontra-se prevista no inciso III do artigo 156, que justamente enumera as diversas formas de extinção do crédito. Sob este aspecto, ao menos conforme a dicção literal do CTN, a consequência da transação seria a extinção do crédito tributário.

Porém, conforme ensina Carvalho (2015, p. 563), a expressão “extinção do crédito tributário” é errônea, uma vez que o crédito tributário corresponde a apenas um dos aspectos da relação jurídica obrigacional que se extingue. Desta forma, falar em “extinção do crédito tributário” pode levar à conclusão de que, extinto o crédito, permaneceria a obrigação. Mas esta conclusão é equivocada, na medida em que, desaparecido o crédito, a obrigação acaba por ser decomposta. Consequentemente, admitir-se a transação tributária como forma de extinção “do crédito tributário” poderá implicar a admissão da extinção de todo o liame jurídico-obrigacional havido entre fisco e contribuinte, por decorrência da incidência da norma tributária impositiva.

Logo, em extinto o “crédito tributário” (ou melhor, a obrigação tributária), haverá que surgir, então, uma nova relação jurídica entre fisco e contribuinte como resultado da transação celebrada. Nesse sentido é o entendimento de Schoueri (2013, p. 624), para quem “o raciocínio deve ser claro: a transação implica novação. Ela extingue o crédito tributário, por força do artigo 171 do Código Tributário Nacional. O que surge em seu lugar é um novo crédito, resultado da transação”.

A consequência da transação para o crédito tributário seria, pois, a retirada do ordenamento da norma individual e concreta decorrente do lançamento e a introdução de uma nova norma, a da transação (DACOMO, 2008, p. 118). Haveria a imediata extinção do crédito tributário, transformando-se a relação obrigacional decorrente da constituição do crédito (e que não fora espontaneamente adimplida) em outra relação, igualmente obrigacional, mas agora decorrente da transação. Esta nova obrigação contemplaria a dívida repactuada, com novos vencimentos e, via de regra, com a diminuição do crédito e/ou das penalidades (PARISI, 2016, p. 124).

Portanto, para parte da doutrina, ao passo em que a transação extingue o crédito tributário decorrente da obrigação tributária surgida com a incidência da norma impositiva, tem-se o nascimento de um novo crédito, este originado da própria transação. Ou seja, a transação substituiria o crédito tributário *ex lege* por outro novo. Contudo, pode-se argumentar que, afirmar o nascimento de um “novo” crédito, seria admitir que o termo de transação é forma de constituição de obrigação tributária (FERRAZ, 2018, p. 33).

Ocorre que o artigo 150, I, da Constituição Federal, impõe claramente que a relação tributária será sempre decorrente da lei. Nosso ordenamento não admite que a pactuação de vontade seja capaz de alterar a relação tributária e, muito menos, de constituí-la (ADAMY, 2011, p. 100).

Mais ainda, o artigo 146, inciso III, alínea “a” da Constituição estabelece que cabe à Lei Complementar ditar as normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente quanto aos fatos geradores. E o Código Tributário Nacional, recepcionado pela ordem constitucional vigente como lei complementar, dispõe em seu artigo 3º que tributo é a prestação pecuniária “instituída em lei”; e, em seu artigo 97, inciso VI, que “somente a lei pode estabelecer” as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção do crédito tributário. E tanto é assim que mesmo um fato ou um ato jurídico nulo, em razão de vício de vontade, será gerador da obrigação tributária que lhe for correspondente, conforme o artigo 118 do CTN. Assim, pode-se entender que o crédito tributário não perde

suas características originárias. Permanece sendo o crédito decorrente da obrigação nascida da incidência da norma tributária. A transação não daria surgimento a uma nova obrigação, pois esta se caracteriza por ser obrigação *ex lege*, não podendo ter origem em um ato praticado entre contribuinte e fisco (ADAMY, 2011, p. 101).

Nesse contexto, alguns doutrinadores sustentam, então, que a transação extingiria o crédito tributário e daria origem a uma nova relação jurídica entre contribuinte e fisco, de outra natureza. Perquire-se, assim, que natureza teria tal “nova relação”.

Em linhas gerais, defende-se a ideia de que, não existindo mais obrigação de natureza tributária, haveria então uma relação de natureza administrativa. A transação traria ao ordenamento jurídico um novo crédito para a Administração, não mais de natureza tributária, mas sim administrativa. “Crédito público ainda. Crédito fazendário ainda, mas não mais crédito de natureza tributária” (CHRISPIM, 2009, p. 82). Esta posição se relaciona nitidamente ao que vimos no tópico anterior no sentido de se entender a transação como instituto de natureza jurídica contratual.

Todavia, há que se salientar que tal posição implica a perda, por parte do fisco, de todas prerrogativas de que o crédito tributário goza no caso de necessidade de cobrança forçada; e, por parte do contribuinte, acarretaria a perda de todos os limites constitucionais ao poder de tributar, ficando sujeito a um regime jurídico mais desfavorável. Ademais, a própria Lei nº 13.988/2020 dispõe expressamente em seu artigo 12, parágrafo 3º, que a transação não implica novação dos créditos por ela abrangidos.

Pode-se entender, ainda, pela extinção do crédito tributário em casos de transação tão somente em relação à parcela do crédito que a Administração Tributária abriu mão ao transacionar (MACHADO, 2008a). O saldo remanescente permaneceria como crédito tributário (originário) e somente seria extinto quando e pelo cumprimento dos termos e condições pactuados (OLIVEIRA, 2015, p. 100).

Assim, é bem verdade que não se pode excluir totalmente a transação como causa de extinção do crédito tributário, o que justificava a forma como tratado tal instituto pelo CTN. Trata-se de um caráter extinto

enquanto forma, e não conteúdo. O crédito é parcialmente extinto pela remissão ou pela anistia, por exemplo, que forem conjugadas no acordo de transação (MENDES, 2014). Não se trata, pois, de extinção total e automática do crédito tributário. O valor que subsiste como devido pelo contribuinte, após as concessões realizadas pelo fisco, somente será extinto quando do cumprimento da transação. Em suma, pode-se dizer, então, que será o pagamento que irá extinguir o crédito tributário transacionado (MACHADO, 2008b).

Sob este viés, importante destacar o previsto no artigo 3º da Lei nº 13.988/2020, tanto em seu *caput*, quanto em seu parágrafo 3º, no sentido de que a transação irá expor “os meios para a extinção dos créditos nela contemplados” e de que tais créditos somente serão extintos “quando integralmente cumpridas as condições previstas no respectivo termo”.

Por esta perspectiva, pode-se questionar não *se* a transação extingue o crédito, mas sim *quando* o faz. Não tendo a celebração da transação, pelos motivos já expostos, o condão de extinguir o crédito tributário de imediato, daria início ao procedimento que culminará com a extinção dos créditos transacionados. Assim, a extinção do crédito somente ocorre quando do efetivo cumprimento das obrigações pactuadas na transação.

Esse é o entendimento de Carvalho (1999, p. 458), segundo o qual “a extinção da obrigação não se dá propriamente por força das concessões recíprocas, e sim do pagamento. O processo de transação tão somente prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida, promovendo o desaparecimento do vínculo”.

2 A TRANSAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA, ESTABILIDADE E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Analisada a natureza jurídica do instituto da transação e as suas consequências para o crédito tributário, busca-se agora analisar as suas implicações em face do princípio da segurança jurídica. O ponto principal a verificar diz com a transação poder, ou não, ser revista ou mesmo rescindida unilateralmente pela Administração Pública após a sua celebração.

Entender a transação tributária como tendo natureza jurídica de contrato (administrativo), implica em trazer para a discussão as questões atinentes aos poderes exorbitantes que colocam a Administração “em posição de supremacia sobre o contratado” (DI PIETRO, 2004, p. 249-256), dentre os quais estão a possibilidade de alteração unilateral do objeto do contrato e a sua rescisão unilateral.

Contudo, como antes já delineado, tem-se que a transação tributária parece se caracterizar melhor como ato administrativo, e não como espécie de contrato. Dessa forma, deve-se enfrentar a prerrogativa de que dispõe o Estado de revogar seus próprios atos, em decorrência do regime jurídico especial a que estão sujeitos os atos administrativos.

A revogação³ tem lugar quando uma autoridade, no exercício de sua competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los (MELLO, 2015, p. 461).

Em princípio todo ato administrativo é revogável, mas motivos de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos adquiridos impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração. Quer dizer, a prerrogativa de revogar seus atos não é um poder amplo e irrestrito da Administração Pública (DI PIETRO, 2016).

Inclusive, nesse sentido, há que se observar a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a impossibilidade de a administração anular ou revogar seus próprios atos quando isto implicar em ofensa à direitos adquiridos dos administrados.

³ Cabe registrar a distinção entre revogação e invalidação do ato. Neste caso, o ato administrativo é extinto não por manifestação de vontade da administração, mas sim por ser contrário à norma jurídica, produzindo inclusive efeitos retroativos (MELLO, 2015, p. 463). Registra-se também que a Lei nº 13.988/2020 arrola as hipóteses legais de rescisão da transação (artigos 4º e 18, parágrafo único). Havendo a incidência de alguma das hipóteses legais de rescisão da transação, o devedor será notificado pela autoridade fazendária para exercer o direito a ampla defesa e ao contraditório, podendo impugnar o ato, expondo suas alegações e apresentando documentos. Quando sanável, é admitida a regularização do vício que ensejaria a rescisão durante o prazo concedido para a impugnação, preservada a transação em todos os seus termos (artigo 4º, § 2º, da Lei nº 13.988/20).

DiPietro (2016) destaca que inúmeros fatores podem ser apontados como responsáveis pelas transformações que o Direito Administrativo vem experimentando, dentre os quais estão a constitucionalização deste ramo, especialmente dos princípios da Administração Pública. Isto leva à ampliação do conteúdo da legalidade e, paralelamente, à redução da discricionariedade administrativa. Acarreta também a possibilidade de que princípios como o da segurança jurídica, dentre outros, sejam utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito.

O princípio da segurança jurídica permeia o direito positivo pátrio, condicionando toda sua dinâmica, ainda que não possa ser radicado em um dispositivo constitucional específico. É que decorre da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, fazendo parte do sistema constitucional como um todo (MELLO, 2015, p; 127).

Assim, desde a Constituição até as normas individuais e concretas, toda a produção normativa jurídica deve ser pautada pelas exigências do referido princípio, as quais conduzem a uma ação consequente do Estado livre de voluntarismos e sobressaltos, sob pena de um juízo de invalidez da norma editada (VALIM, 2010).

Carvalho (2005, p. 150) conceitua a segurança jurídica como o princípio que se destina a assegurar e prover segurança e certeza quanto ao direito positivo aplicável a todas as situações, de modo a permitir que as pessoas orientem suas condutas em acordo com os efeitos jurídicos estabelecidos e previamente conhecidos. Por sua vez, Paulsen (2008, p. 72) leciona que a segurança jurídica também engloba outros conteúdos além do da certeza do direito positivo, quais sejam: a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito; a estabilidade das situações jurídicas, inclusive pela verificação de decadência ou prescrição; a cláusula geral da boa-fé; e os direitos à ampla defesa e ao acesso ao judiciário.

Esta questão de englobar conteúdos diversos é de grande importância para o estudo que se propõe no presente trabalho. Como explica Maffini (2005, p. 43-45), uma melhor compreensão do princípio da segurança jurídica demanda uma sistematização em três proposições

que nos indicarão, cada uma delas, uma acepção distinta e complementar do aludido princípio.

Em uma dada acepção, o princípio da segurança jurídica diz respeito à acessibilidade, no sentido de que o administrado deve ter condições de conhecer as ações estatais. Ávila (2019, p. 69) afirma que esta se trata de uma perspectiva da segurança jurídica no presente, enquanto forma de cognoscibilidade do Direito, que deve ser compreensível e ostentar um mínimo de clareza e determinação, pois a obediência à norma demanda o seu conhecimento.

Em outra acepção, Rafael Maffini se refere à segurança jurídica como estabilidade das situações e das relações jurídicas vigentes entre particular e Poder Público. Humberto Ávila fala em uma perspectiva de segurança jurídica numa dimensão de transição do passado para o presente, devendo o Direito ser estável de modo a manter as consequências geradas.

Por fim, outra acepção da segurança jurídica se relaciona com a ideia de previsibilidade das medidas e comportamentos do Poder Público. Exige, assim, que os destinatários das ações estatais tenham condições de conhecê-las mesmo antes de sua concretização.⁴ Para Humberto Ávila, trata-se da dimensão de transição do Direito do presente para o futuro, devendo as normas serem minimamente calculáveis, previsíveis.

Almiro do Couto e Silva (2015, p. 46-47) destaca que o princípio da segurança jurídica se ramifica em duas partes: uma objetiva, que envolve os limites à retroatividade dos atos do Poder Público; e outra subjetiva, que diz respeito à proteção da confiança dos administrados em relação aos atos da Administração.

É sob tal prisma, da estabilidade do Direito, desdobramento objetivo da segurança jurídica, portanto, que tradicionalmente se aborda o princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro, mais especificamente em relação aos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, constitucionalmente assegurados como garantias

⁴ Este aspecto se relaciona com o assunto do qual nos ocuparemos no próximo tópico e, portanto, lá será retomado.

individuais pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição e protegidos inclusive do poder constituinte reformador, por força do previsto no artigo 60, parágrafo 4º do texto constitucional.

Para o exame das transações tributárias, devemos focar nosso estudo, primeiramente, no direito adquirido e no ato jurídico perfeito. Embora alguns doutrinadores defendam que bastaria assegurar o direito adquirido, entende-se que a proteção específica do ato jurídico se fundamenta e se justifica na medida em que o direito adquirido se preordena a proteger a eficácia dos fatos jurídicos em geral, enquanto o ato jurídico perfeito se destina à garantia dos pressupostos de validade dos atos jurídicos (VALIM, 2010), dentre os quais os atos administrativos e, conseqüentemente, a transação tributária.

A proteção alcançada pela segurança jurídica sob este prisma será de proibir que pressupostos de validade ulteriores à edição do ato jurídico sejam exigidos ou opostos para determinar ou retirar a validade de tais atos⁵. Tem-se, assim, que o crédito objeto da transação não poderá mais ser questionado. Torres (2008) destaca que a transação está protegida constitucionalmente como ato jurídico perfeito. “Praticado o ato discricionário, a discricção desaparece. Surge então o direito individual, resultante do ato jurídico perfeito, abroquelado na Constituição e na lei” (MANGABEIRA, 1961).

Assim, a superveniência de elementos jurídicos após a celebração da transação não pode ser utilizada para modificar os seus termos. Portanto, mesmo que o termo de transação preveja novo prazo para pagamento do crédito transacionado, pelo que não haverá (ainda) a extinção do crédito, uma vez celebrada a transação não há que se falar em revisão unilateral, pois ali já está configurado ato jurídico perfeito, cuja estabilidade, enquanto decorrência do princípio da segurança jurídica, é preservada expressa e literalmente pela própria Constituição. Com base em tal constatação, Torres (2008) afirma que, “em matéria tributária, a revisibilidade do conteúdo das transações é preempitoriamente proibida”.

⁵ Aliás, a possibilidade de se invalidar um ato jurídico com base em pressuposto de validade superveniente resta afastada também pela observância do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas.

Por outro lado, também protege a transação tributária contra modificações unilaterais e posteriores a sua celebração a aceção de segurança jurídica enquanto proteção da confiança, ou seja, em seu aspecto subjetivo.

Maffini (2010) aponta que a ideia de proteção da confiança decorre da própria noção de “administração pública dialógica” e da “tendência atual de ponderação entre o interesse público, cujo peso axiológico fundamenta a autotutela administrativa, e os interesses individuais divisados pelos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa”. A proteção da confiança dos administrados em relação à Administração Pública é de suma importância, na medida em que elemento constituinte do próprio Estado de Direito e fato essencial à realização da justiça material (MARTINS-COSTA, 2004).

Por fim, registra-se que o Supremo Tribunal Federal entende nesse sentido, da inalterabilidade unilateral de situações previamente definidas por atos administrativos, conforme Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 118.927 (BRASIL, 1995).

Portanto, há um dever jurídico de manutenção e cumprimento dos acordos decorrentes de transações tributárias. Há uma vinculação das partes com relação ao que foi transacionado, limitando o poder de revisão atribuível ao Fisco (POLIZELLI, 2003, p. 161).

2.2 MODALIDADES DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA DA LEI Nº 13.988/2019 E PREVISIBILIDADE

A transação tributária pode ser implementada por diversas formas. O Projeto de Lei nº 5.082/2009⁶ traz a previsão de quatro diferentes espécies: a transação em processo judicial; no caso de insolvência civil, falência ou recuperação judicial; por recuperação tributária; e por adesão. Fala-se, ainda, na possibilidade de outras formas serem abarcadas

⁶ Este Projeto de Lei tramita desde 20/04/2009. Em paralelo a sua tramitação, em 16/10/2019, o Presidente da República editou a MP nº 899/2019, que posteriormente foi convertida na Lei nº 13.988/2020, diploma que hoje regulamenta a transação tributária em matéria federal.

pelo texto: a transação preventiva antielusiva; penal; por ajustamento de conduta; por dação em pagamento e pela prestação de serviços; e, ainda, a transação do principal.

Por uma questão de objetividade – e porque o indigitado Projeto ainda está em tramitação –, não serão abordadas todas estas possíveis espécies, nos limitando ao que está previsto na Lei nº 13.988/2020, atualmente em vigência e que regulamenta a transação tributária em nível federal.⁷

Cotejando-se os artigos 2º, 10, 16 e 23 do referido diploma legal, constatamos a existência de duas espécies diferentes de transação aplicáveis a duas situações distintas, a saber: (i) a transação na cobrança da dívida ativa da União, das autarquias e das fundações públicas federais, que pode ser realizada tanto pela modalidade (i.a) de proposta individual apresentada pelo contribuinte ou pelo fisco, quanto (i.b) de adesão a condições previamente fixadas em edital; e (ii) a transação no contencioso tributário, que somente poderá ser celebrada através da modalidade de adesão.

Não se pretende analisar pormenorizadamente cada uma das espécies e das modalidades de transação, nem verificar seus requisitos e as formas pelas quais se processam. Objetiva-se analisar estas modalidades sob a perspectiva da segurança jurídica. Para tanto, deve-se ter em mente a questão da previsibilidade quanto aos percentuais de redução aplicáveis aos créditos tributários transacionados.

É bem verdade que tal questão envolve análise de princípios outros, como a legalidade, e de questões como a discricionariedade e a vinculação dos atos administrativos. Contudo, também não se pretende aprofundar o tema sob este viés. Mesmo assim, para melhor equacionar o raciocínio que se busca desenvolver, algumas linhas sobre estes temas se farão necessárias.

⁷ Acerca destas outras modalidades de transação, indica-se artigo de José Ivan Ayres Viana Filho (2019).

Em atenção ao princípio da legalidade, e também como forma de resolver as questões atinentes à (in)disponibilidade do interesse público, as concessões de que o fisco poderá lançar mão devem estar previstas em lei específica. A Lei nº 13.988/2020 tentou trazer esses parâmetros e, ao mesmo tempo, dar previsibilidade ao contribuinte⁸. Porém, a lei em tela deixa margem bastante extensa à discricionariedade.

A existência de discricionariedade para a concessão de reduções aplicáveis aos créditos transacionados não se revela como um problema em si. Baleeiro e Derzi (2018, p. 1865), com precisão, afirmam que a transação em matéria tributária somente pode ser concebida mediante a atuação da autoridade tributária com “relativo discricionarismo administrativo na apreciação das condições, conveniências e oportunidades”.

Isso porque, para que se trate mesmo de transação, é preciso que haja concessões mútuas, de ambas as partes. Não havendo, estar-se-á diante de outro instituto, como anistia ou moratória, mas não de transação (TORRES, 2007, p. 298). Portanto, é preciso que a Fazenda Pública possa e conceda algum benefício em favor do contribuinte, o que se dará, evidentemente, por meio de atuação discricionária. A discricionariedade é, portanto, da própria essência da transação (OLIVEIRA, 2015, p. 141).

De se registrar que a intenção da Administração Pública era mesmo de possibilitar a composição da transação com a natureza delineada anteriormente no presente estudo, e não de permitir apenas uma modalidade *sui generis* de parcelamento. É o que se extrai da exposição de motivos da Medida Provisória nº 899/2019 (BRASIL, 2019): “esvaziará a

⁸ Menciona-se, à título de exemplo, dentre outras disposições acerca de parâmetros para concessão da transação, o artigo 11 da Lei nº 13.988/2020, que prevê benefícios que poderão ser contemplados no termo de transação, como a concessão de descontos nas multas, juros de mora e encargos legais; o oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais; e a substituição ou a alienação de garantias e de constrições. O mesmo dispositivo, em seu parágrafo segundo traz vedações expressas à transação: redução do montante principal do crédito; redução superior a 50% ou 70% do valor total dos créditos a serem transacionados; concessão de prazo de quitação superior a oitenta e quatro ou cento e quarenta e cinco meses, conforme a situação e enquadramento do contribuinte.

prática comprovadamente nociva de criação periódica de parcelamentos especiais, com concessão de prazos e descontos excessivos a todos aqueles que se enquadram na norma.” E, ainda: “o modelo ora proposto [...] afasta-se do modelo que considera exclusivamente o interesse privado, sem qualquer análise casuística do perfil de cada devedor”. Consta, também, que o modelo de transação previsto “aproxima-se de diretriz alinhada à justiça fiscal, pautando o instituto sob o viés da conveniência e da ótica do interesse da arrecadação e do interesse público.”

O problema que daí exsurge é um suposto excesso de discricionariedade para as modalidades de transação previstas na Lei nº 13.988/2020. É possível sustentar que há mesmo um excesso de discricionariedade, o que, além de não compactuar com o princípio da legalidade, poderia gerar desvios na utilização desse importante instrumento de resolução de conflitos.

Nesse sentido, Santi (2009) destaca que a transação em matéria tributária seria “incompatível com nossa realidade sociopolítica e cultural” e que esse instituto poderia ensejar a “juridicização da corrupção sistêmica”. Saraiva Filho (2008), por sua vez, acrescenta um outro problema: sua utilização como “instrumento político”. No mesmo sentido, Machado e Machado Segundo (2010) veem a liberdade da autoridade administrativa para considerar, na cobrança do tributo, a conveniência e a oportunidade dessa cobrança como uma possibilidade para que o tributo acabasse sendo transformado em um instrumento político.

De se registrar, também, o importante apontamento feito por Maffini (2011), ao comentar obra do autor Mariano Bacigalupo, no sentido de que uma norma que apresente excesso de discricionariedade sofrerá um esvaziamento do seu conteúdo normativo que culminará em uma possível inconstitucionalidade por afronta ao disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A título de contraponto a estes argumentos, pode-se ponderar que a manutenção da fixação dos estritos termos da transação no âmbito do Poder Legislativo não garante isenção a desvios de finalidade ou mesmo

à corrupção, bem como que existem diversos mecanismos de controle da atividade estatal que podem ser utilizados para fiscalizar eventuais desvios em relação à atuação da autoridade fiscal quando da transação – desde ações populares, ações civis públicas, mandados de segurança, até a atuação dos órgãos de controle e fiscalização, como corregedorias, controladorias e tribunais de contas (OLIVEIRA, 2015, p. 142-143).

Assim, tendo-se a discricionariedade como necessária para que se possa falar em transação tributária, afigura-se prudente que a atuação concreta do fisco deva ser balizada por limites bem definidos e introduzidos no ordenamento pela mesma lei que veicula a possibilidade de transação. Estes limites se fazem necessários tanto para prestigiar o princípio da legalidade, quanto da segurança jurídica, sobre o qual voltamos a dedicar nossa análise.

Como já assinalado no tópico anterior, uma das acepções do princípio da segurança jurídica diz respeito à previsibilidade das medidas e comportamentos da Administração. No âmbito tributário, a previsibilidade tem importância capital para os contribuintes, representando a possibilidade de orientação e planejamento de atividades e atos patrimoniais (TORRES, 2019). Heleno Torres (2019) destaca esta importância para os contribuintes, como certeza de orientação para que possam planejar suas atividades e atos patrimoniais.

A previsibilidade pode, ainda, ser vista como corolário da proteção à confiança, na medida em que reflete a necessidade de que os contribuintes tenham um conhecimento prévio das consequências jurídicas de suas condutas. No momento em que o sujeito se conscientiza do que pode ou não fazer, é possível falar em previsibilidade do Direito (COSTA, 2014).

A segurança jurídica, enquanto previsibilidade das consequências jurídicas de determinado ato, diz respeito não apenas à incidência ou não de determinada norma, que deve ser previamente conhecida, mas também se refere à certeza quanto à forma como serão efetivamente criadas as normas individuais e concretas decorrentes de tal incidência.

É verdade que a norma jurídica geral e abstrata, justamente por conter uma previsão genérica e abstrata, será sempre marcada por certa indeterminação. Mas esta indeterminação não se confunde com a imprevisibilidade total. Quer dizer, os comandos jurídicos abstratos estabelecem, para o futuro, a ligação de determinados fatos a certas consequências jurídicas. E são estas que orientam o agir dos destinatários das normas. Portanto, a previsibilidade das consequências, dentro de padrões de razoabilidade de concretização do conteúdo jurídico, é fundamental para que se possa falar em segurança jurídica (VALIM, 2010).

Vale dizer, a segurança jurídica, enquanto acepção de previsibilidade, manifesta-se pelo conhecimento das normais gerais e abstratas e pela possibilidade de antecipar as normas individuais e concretas, devendo restar claro aos contribuintes quais os critérios e métodos de aplicação das normas gerais aos quais estarão submetidos (FONSECA, 2011, p. 30).

Desta forma, a ausência de limites mais claros às reduções que possam ser concedidas discricionariamente quando da celebração de uma transação com um contribuinte em particular pode colidir com a ideia de segurança jurídica em sua acepção de previsibilidade, pois o contribuinte não terá (ao menos de início) critérios confiáveis para pautar seu agir.

Ainda, a segurança jurídica é afetada também pela ausência de previsibilidade quanto aos casos concretos semelhantes, os quais devem ser decididos de forma semelhante, pois só assim os contribuintes podem objetivar suas expectativas de comportamento e agir segundo um cálculo de probabilidade das ações alheias (COSTA, 2014). Aliás, nesse cenário, verifica-se também uma possível incompatibilidade com o princípio da isonomia.

Tem-se, portanto, que a observância da segurança jurídica resguarda a legalidade e a isonomia, evitando discricioniedades abusivas que se convertam em arbitrariedades e acabem tirando o mérito desta importante forma alternativa de resolução de conflitos tributários.

CONCLUSÃO

Embora não seja instituto novo no âmbito do Direito Tributário, prevista no Código Tributário Nacional desde sua edição em 1966, a transação tributária, em boa parte devido à recente Lei nº 13.988/2020, está no foco das atuais discussões em matéria tributária e, também, do Direito Administrativo, como um dos elementos representativos dos novos paradigmas da Administração Pública.

Buscou-se, no presente artigo, fixar algumas premissas quanto à natureza jurídica e as consequências da transação para o crédito tributário, bem como quais as implicações do princípio da segurança jurídica para este tema.

Assim, pode-se concluir pela caracterização da transação tributária como instituto de natureza jurídica de ato administrativo negocial, que tem como consequência para o crédito tributário a sua extinção, na parte em que houver concessões pelo fisco; e a sua manutenção, na parte em que for determinado um procedimento a ser cumprido pelo contribuinte tendente a sua extinção futura, por meio do cumprimento das condições transacionadas.

Tem-se, também, que a segurança jurídica atuará, por um lado, como forma de limitar a prerrogativa do Poder Público de rever seus próprios atos, garantindo a estabilidade da transação e, conseqüentemente, prestigiando a proteção da confiança dos administrados (contribuintes) em relação aos atos da Administração Pública (tributária). Por outro lado, a segurança jurídica permitirá aos contribuintes a previsibilidade quanto aos termos passíveis de ajuste em sede de transação, impondo que elementos como os percentuais de redução estejam previstos em lei.

Por fim, pertinente fazer uma ressalva de que, em que pese todas as vantagens que possam ser apontadas para a utilização da transação, há que se indagar se essa é a melhor forma de solucionar problemas como os da execução fiscal, ou mesmo da inadimplência tributária. Pode-se argumentar que o mais adequado seria não criar mecanismos de regularização com vistas ao aumento da arrecadação, mas sim criar um sistema tributário que

permita a manutenção dos contribuintes na regularidade. Ferramentas de retorno à regularidade deveriam, assim, ser vistas como exceção e nunca como a regra arrecadatória.

Tipke (2012, p. 25) assinala que o Estado não deveria se ocupar apenas do caráter impositivo da norma tributária, mas também de criar um ambiente favorável à arrecadação. O cidadão cumpriria com seu dever de pagar tributos não apenas pela natureza cogente da imposição, mas também pela constatação da necessidade dos tributos para o funcionamento e manutenção da máquina estatal da qual exige e deseja tantas ações positivas.

Deve-se considerar, ainda, que a inadimplência e as mazelas de que sofre o sistema tributário não podem ser atribuídas exclusivamente aos contribuintes. O fisco tem boa parcela de responsabilidade. Nesse sentido, os programas especiais de parcelamento conhecidos como REFIS, “que de vício dos contribuintes inadimplentes contumazes tornaram-se vícios dos Fiscos de diferentes níveis da federação com vistas a recompor suas burras” (BUÍSSA; BEVILACQUA, 2015), e que são vistos por muitos como causa de fomento da inadimplência, além de causar outros problemas, como a concorrência desleal⁹. E também no âmbito judicial encontram-se situações que podem ser vistas como catalisadoras da crise nas relações fisco-contribuintes. Machado Segundo (2020a e 2020b) tem sido um frequente crítico das atuais decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria tributária.

A transação não deve ocorrer de forma indiscriminada, tampouco visando implementar maior arrecadação ou, ainda, desafogar o judiciário das Execuções Fiscais. A limitação da utilização da transação tributária apenas para casos específicos, e nunca como regra para a arrecadação, visa garantir segurança jurídica às partes envolvidas.

⁹ Em que pese a transação tributária ter sido instituída com a ideia de afastar do ordenamento os conhecidos “REFIS”, conforme consta na exposição de motivos da MP nº 899/2019, que deu origem à Lei nº 13.988/2020, é interessante registrar que tramita na Câmara dos Deputados o PL nº 2.735/2020 que visa, justamente, a instituição de um novo programa de parcelamento especial.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 7 ed., Niterói: Impetus, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito Tributário Brasileiro: CTN Comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Revista Fórum Administrativo**, a. 14, n. 155, p. 31-43, jan./2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.082**, de 20 de abril de 2009. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.735**, de 18 de maio de 2020. Institui o Programa Extraordinário de Regularização Tributária da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em decorrência do estado de calamidade pública pela pandemia de COVID/19 - PERT-COVID/19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252895>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números: Execução fiscal eleva arrecadação do Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-execucao-fiscal-eleva-arrecadacao-do-judiciario/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia; Advocacia-Geral da União. **Exposição de Motivos Interministerial nº 268**, de 06 de setembro de 2019. Brasília: ME / AGU, set./2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 118.927 / RJ. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Luis Sérgio Pereira e outro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: 07/02/1995, **Diário da Justiça** de 10/08/1995.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Consensualidade na Administração Pública e transação tributária. **Revista Fórum Administrativo**, a. 15, n. 174, p. 46-54, ago./2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 6 ed. rev. amp. São Paulo: Noeses, 2015.

CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Transação tributária no paradigma do Estado Democrático de Direito Socioeconômico Cultural**: o tênue limite entre a afronta ao dever fundamental de pagar tributos e a mutação da legalidade estrita rumo a juridicidade consensual dialógica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança jurídica e (im)previsibilidade do Direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34, n. 1, p. 169-202, jan.-jun./2014.

DACOMO, Natalia de Nardi. **Direito Tributário participativo**: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, a. 1, v. 1, p. 185-211, jun.-dez./2016.

DUQUE, Felipe Viana de Araújo. **Vicissitudes na cobrança do crédito tributário e reflexos sobre o aprimoramento do processo executivo fiscal**. São Paulo: ArteSam, 2019.

FERNANDES, Rayneider Brunelli Oliveira. A transação tributária a serviço da consensualidade e da eficiência administrativa: aspectos polêmicos sobre a viabilidade da transação tributária em face dos princípios constitucionais do Direito Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 27, p. 121-145, 2015.

FERRAZ, Beatriz Biaggi. **Transação em Matéria Tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

FONSECA, Tiago da Silva. **A afirmação da previsibilidade no Direito Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Transação Tributária**: introdução à justiça fiscal consensual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de (et al). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2018.

JUNQUEIRA, Helena Marques. **Transação Tributária**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-136.

MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 159, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Transação em Matéria Tributária: Limites e Inconstitucionalidades. **Tributação em Revista**, a. 16, n. 56, p. 14-22, jan.-jun./2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. São preocupantes os fundamentos usados para validar a contribuição ao Sebrae. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/consultor-tributario-fundamentos-validaram-contribuicao-sebrae-sao-preocupantes>. Acesso em: 02 nov. 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Plenário Virtual em tempos de pandemia massacra o contribuinte (e o Estado de Direito). **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-28/consultor-tributario-plenario-virtual-tempos-pandemia-massacra-contribuinte>. Acesso em: 02 nov. 2020.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAFFINI, Rafael da Cás. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 159-172, jan.-abr./2010.

MAFFINI, Rafael da Cás. Discricionariedade Administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 55, jul.-set./2011, p. 207-218.

MANGABEIRA, João. Ato administrativo: Anulação - Revogação - Situação jurídica individual. **Revista de Direito Administrativo**, v. 64, p. 282-288, mai./1961.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, n. 27, p. 110-120, out.-dez./2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Guilherme Adolfo. Transação. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Tributário**, v. X. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Whashington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**, 2º parte. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A transação em Matéria Tributária**. Série Doutrina Tributária, v. XVIII. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PARISI, Fernanda Drummond. **Transação tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário**. São Paulo: PUC-SP, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. II. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POLIZELLI, Victor Borges. **Contratos Fiscais: viabilidade e limites no contexto do Direito Tributário brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação? *In*: FERRAZ, Roberto (Coord). **Princípios e limites da tributação: Os princípios da ordem econômica e a tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 607-626.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional tributário brasileiro. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43-88.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEVERINI, Tiago Vasconcelos. Transação em matéria tributária no direito brasileiro? **Revista Jurídica da Presidência**, v. 11, n. 95, p. 107-131, jan.-out./2009.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Hendrick Pineiro da; RIBAS, Lídia Maria L. R. Transação tributária como ato-negócio administrativo: uma perspectiva de colaboração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35.1, p. 157-173, jan.-jun./2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Heleno Taveira. Princípio da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 299-330.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, n. 386, p. 71-101, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA FILHO, José Ivan Ayres. Formas de transação em matéria tributária à luz dos aspectos práticos. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 7, n. 8, p. 212-241, jan.-jun./2019.

Clairton Kubassewski Gama

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS
Advogado

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE
SECURITIZADORA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO
PERANTE O CONSUMIDOR

Deborah Fonseca Fernandes

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE SECURITIZADORA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO PERANTE O CONSUMIDOR*

THE CIVIL LIABILITY OF THE REAL ESTATE CREDIT SECURITIZATION SOCIETY REGARDING CONSUMER RELATIONSHIP

Deborah Fonseca Fernandes

SUMÁRIO: RESUMO. INTRODUÇÃO. 1 CONCEITO DE SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA SECURITIZADORA PERANTE O CONSUMIDOR. 3 O APARENTE CONFLITO COM AS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Em razão dos problemas enfrentados pelos consumidores no mercado imobiliário, especialmente relacionados ao atraso na entrega da obra ou a impossibilidade superveniente de manter o pagamento das parcelas do preço ajustados, que ocasiona a busca judicial pela rescisão do contrato celebrado, os Tribunais têm aplicado as disposições do Código de Defesa do Consumidor e responsabilizado de forma objetiva e solidária não só a construtora como também a sociedade securitizadora de créditos. Neste estudo, apresentaremos a legislação especial aplicável a essas sociedades e a previsão expressa em lei sobre os limites de sua responsabilidade perante o consumidor, com a solução acerca do aparente conflito entre as normas que parecem disciplinar a mesma relação jurídica de forma diversa.

Palavras-chave: Securitização; responsabilidade civil; consumidor.

*ARTIGO RECEBIDO EM 09.12.2020 E APROVADO EM 29.09.2021.

ABSTRACT

Due to the problems faced by consumers in the real estate market, especially related to delay or trouble paying the price, which causes judicial contract termination, the State Courts have been applying the Consumer Protection Code and the objective and solidary responsibility, not only to the construction company but also to the credit securitization society. In this paper, we will present the special legislation applicable to these companies and the provision expressed in law about the limits of their liability to the consumer, with the solution regarding the apparent conflict between the rules that seem to discipline the same legal relationship in a different way.

Keywords: *Securitization; liability; consumer.*

INTRODUÇÃO

Os mercados imobiliário e financeiro contribuem para o desenvolvimento social e econômico do país por meio de investimentos em setores de construção habitacional para, em contrapartida, receberem remuneração e lucro com a atividade econômica explorada.

Um dos agentes que atua nesse mercado é a sociedade securitizadora de crédito, constituída sob a forma de ações, em geral como sociedade anônima. Sua participação ocorre a partir da aquisição, por meio de contrato de cessão de crédito, dos créditos das construtoras e incorporadoras decorrentes da comercialização de unidades imobiliárias, com a celebração de contratos de compra e venda ou de compromisso de compra e venda.

Realizada a cessão dos créditos, que é negócio jurídico oneroso e bilateral, a sociedade securitizadora irá emitir título de crédito, o “CRI”, abreviatura de “Certificado de Registro Imobiliário”, para colocação no mercado financeiro e aquisição por investidores, que, com o pagamento do título, recebem a sua remuneração.

Entretanto, os adquirentes das unidades imobiliárias por vezes acionam judicialmente a construtora, incorporadora e outros agentes que participaram da negociação do imóvel adquirido, como corretores, para

discutir cláusulas dos contratos, seja por inadimplência do vendedor, que descumpriu o prazo pactuado para a entrega do bem, seja por interesse em rescindir o contrato por impossibilidade financeira de manter o adimplemento das parcelas do preço ajustado.

Por causa da cessão de crédito, o adquirente passou a ser cobrado pela sociedade securitizadora e por isso também realiza a sua inclusão no polo passivo da demanda que busca discutir as cláusulas do contrato subjacente, ou seja, o contrato de compra e venda ou de compromisso de compra e venda.

Nesse artigo analisaremos a atuação da sociedade securitizadora e os limites de sua responsabilidade a partir da Lei 10.931/2004, que incluiu o artigo 31-A, § 12 à Lei 4.591/1964, para concluir sobre o aparente conflito entre tais normas e as disposições do Código de Defesa do Consumidor, que apregoa a responsabilidade solidária e objetiva de todos aqueles que participam da cadeia de fornecedores.

O objetivo do artigo é, em atenção aos limites da publicação e sem a intenção de esgotar o assunto, apresentar o intrigante problema acerca da responsabilidade civil da sociedade securitizadora, o diálogo entre as fontes do direito, e a proposta sobre solução da modalidade legal adequada de responsabilização da securitizadora de crédito imobiliário.

1 CONCEITO DE SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

A securitização de crédito é o mecanismo utilizado no mercado imobiliário para que o credor originário, ou seja, o originador do crédito, transfira-o, por meio de cessão, o direito creditício para uma outra sociedade, a securitizadora, que irá, com ele, emitir títulos para a comercialização no mercado financeiro a fim de captar recursos.

Nas palavras de Andrea Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima, verifica-se o conceito de securitização:

A securitização de recebíveis é a operação estruturada em que uma empresa transfere créditos já existentes ou a serem constituídos, denominados recebíveis, à entidade de objeto específico, que capta recursos no mercado

para a aquisição desses ativos por meio da emissão de títulos ou valores mobiliários, normalmente, debêntures. (ANDREZO, 1999, p. 238)

A securitização surge nos Estados Unidos da América como meio para captação de recursos e fomento de atividades econômicas com a emissão de títulos lastreados em hipotecas. Em dissertação de mestrado, Livia Alves Visnevski Fróes Coelho destaca:

Com efeito, a securitização surgiu inicialmente nos Estados Unidos na década de 1970, na tentativa do governo de fomentar o mercado secundário para títulos lastreados em hipotecas, em virtude da grande demanda por recursos para financiar a habitação, contra a pequena oferta de capital. (COELHO, 2007, p. 13)

O principal objetivo das securitizadora é a captação de recursos e, nas palavras de Renata Oliveira Pires de Souza,

a securitização é um processo onde as empresas que antes emprestavam do sistema bancário passam agora a captar recursos no mercado de capitais através de emissão de valores mobiliários. (SOUZA, 2019, p. 34)

Renata O. P. Souza ainda destaca que a securitização se diferencia do financiamento, pois a sociedade securitizadora não empresta recursos, tampouco financia o empreendimento, mas adquire a venda de “um fluxo de caixa” (SOUZA, 2019, p. 34). Em suas palavras, “a operação de securitização tem por objetivo criar títulos representativos de um determinado ativo ou conjunto de ativos que serão absorvidos pelo mercado de capitais” (SOUZA, 2019, p. 34).

Podemos resumir a operação, a partir da exposição ilustrativa de Renata O. P. Souza (SOUZA, 2019, p. 35), da seguinte forma: em relação ao crédito imobiliário há a celebração de contrato de compra e venda de imóvel ou contrato de promessa de compra e venda entre a construtora e o comprador, por meio do qual a primeira obriga-se a entregar o imóvel e o segundo a pagar o preço de forma parcelada.

A construtora, empreendedora ou aquele que vender, será titular de crédito, cedido, onerosamente, então, para a securitizadora. Esta, por seu turno, emite os títulos de crédito e os coloca no mercado para aquisição por investidores.

Os investidores pagam pela aquisição dos ativos e a securitizadora, conforme recebe do adquirente do imóvel o pagamento das parcelas do preço, realiza o pagamento dos rendimentos aos investidores.

A Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, que disciplina o Sistema de Financiamento Imobiliário, introduz a securitização no Brasil e dispõe, em seu artigo 3º, caput, que as securitizadoras de créditos imobiliário devem ser sociedades anônimas ou comandita por ações e realizam a emissão de título de crédito denominado Certificado de Recebível Imobiliário, cuja abreviatura é “CRI”, para negociação no mercado financeiro.

O Certificado de Recebíveis Imobiliários devem ser emitidos com exclusividade pelas sociedades securitizadoras, conforme dispõe o artigo 6º, parágrafo único da lei supracitada, e constitui um título de crédito “nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro” (Lei 9.514/97, art. 6º, caput).

Assim, a sociedade securitizadora adquire créditos imobiliários e os vincula à emissão de uma série de títulos por meio de “Termo de Securitização de Créditos”. A partir da emissão do Termo emite-se o Certificado de Recebíveis Imobiliários, que será negociado no mercado financeiro.

Observa-se, portanto, que o negócio jurídico de aquisição de imóvel gera ao vendedor crédito que pode ser cedido para a securitizadora. A partir da cessão, torna-se ela detentora do crédito e passa a realizar a cobrança do valor devido ao devedor. Contudo, seu objetivo não é permanecer com o direito creditício, mas utilizá-lo como lastro para a emissão do Certificado de Recebíveis Imobiliários, que será comercializado e adquirido por investidores.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA SECURITIZADORA PERANTE O CONSUMIDOR

A responsabilidade civil é, em regra, pessoal e subjetiva, ou seja, cada pessoa responde pelos danos que causar uma vez constatada a presença dos três elementos clássicos da responsabilidade: a conduta ilícita, a causação de dano e o nexo de causalidade entre o comportamento realizado e o dano gerado.

Nas palavras de Rui Stoco:

Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avançado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito. (STOCO, 2013, p. 156)

O Autor esclarece que a responsabilidade civil é a consequência decorrente de uma conduta contrária ao direito ao afirmar que “[a responsabilidade civil] É o resultado daquilo que não se comportou o não ocorreu *secundum ius*” (STOCO, 2013, p. 155).

Para a responsabilidade civil subjetiva é necessário que o comportamento advenha de uma conduta intencional ou, ao menos, negligente, imprudente ou imperita, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

A responsabilidade pessoal é importante avanço e conquista do Direito, uma vez que obriga apenas aquele que causou o dano a repará-lo, não mais seus familiares ou membros do clã, como ocorria em momentos passados.

Entretanto, os mesmos avanços demonstraram a necessidade de, em situações especiais e peculiares, a serem expressamente reguladas por lei, outras pessoas, que não só aquela que causou o dano, sejam responsabilizadas e obrigadas a reparar o prejuízo experimentado pela vítima, como ensina Maria Helena Diniz:

Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo

sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não um erro de conduta. (DINIZ, 2007, p. 50) (destaque no original)

É a responsabilidade objetiva, em regra, que se aplica nas relações de consumo. A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 prevê, ainda, a solidariedade entre aqueles que participam da cadeia de fornecedores do serviço o produto colocado à disposição do consumidor, consoante artigos 7º, parágrafo único e 25, § 1º.

Portanto, nas relações de consumo há aplicação de duas exceções da responsabilidade civil: além da modalidade objetiva, há também solidariedade entre os participantes da cadeia de consumo.

A razão para a dupla aplicação de regimes excepcionais como regra nas relações de consumo decorre, especialmente, dos princípios norteadores desse diploma, que visa à proteção e reparação integral do consumidor, parte vulnerável, que, geralmente, celebra contratos de adesão, sem capacidade de discutir as cláusulas contratuais, para consumo de produtos ou serviços essenciais ou importantes para sua vida.

Diante do notável desequilíbrio, a lei interferiu nesse contrato para regulamentá-lo de forma especial, com ênfase, em caso de lesão ao consumidor, para uma responsabilização imediata e completa. A desnecessidade de se averiguar a culpa ocorre como forma de transferir ao fornecedor o ônus pelos riscos da atividade que desenvolve e facilitar a reparação do consumidor lesado. A solidariedade, por seu turno, permite ao consumidor acionar todos ou qualquer um daqueles que contribuíram para que o produto ou serviço fosse consumido – e com isso, obtiveram lucros – para a reparação.

Ao tratar da necessidade de Códigos diferentes para relações diferentes e esclarecer a importância do Código Civil para as relações privadas e do Código de Defesa do Consumidor para as relações de consumo, Eugênio Facchini Neto escreveu:

Daí falar-se em fragmentação do direito privado. O sistema unitário simbolizado pelo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis

e decretos, que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista. Esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição. (FACCHINI NETO, 2011, p. 33-34)

O autor destaca, portanto, a relevância da pluralidade de codificações e legislações, pois cada qual regulamentará com melhor precisão as relações a ela submetidas e com princípios próprios dos vínculos formados. Contudo, ainda nas lições do autor, tal pluralidade acarreta inevitável pluralidade de tratamentos que devem ser interpretadas todas sob a luz da Constituição Federal para manutenção da ordem jurídica.

Em relação especificamente à cessão de créditos oriundos de contratos de compra e venda celebrados entre construtoras e adquirentes temos um aparente conflito de normas, uma vez que tanto o Código Civil e Lei 4.591/1964, com as alterações da Lei 10.931/2004, como o Código de Defesa do Consumidor disciplinarão de forma aparentemente conflituosa essa relação.

Isso porque, enquanto o Código de Defesa do Consumidor, que regula as relações de consumo, determina a responsabilidade solidária e objetiva, a Lei 4.591/64, que regula especialmente as relações de incorporações imobiliárias define a responsabilidade pessoal da incorporadora, com afastamento da cessionária do crédito das obrigações e deveres daquela.

Entretanto, com base exclusivamente na lei consumeristas, os Tribunais pátrios têm aplicado a responsabilidade objetiva e solidária e condenado as securitizadora a indenizarem os consumidores, sob o fundamento de que, por se tratar de relação de consumo, aplica-se apenas os dispositivos da lei consumeristas, cabendo as disposições da Lei 4.591/64 serem aplicadas para os demais contratos celebrados, que não envolvam relação de consumo.

Nesse sentido, destacamos julgados de Tribunais Estaduais sobre o assunto e que demonstram o viés judicial acerca do tema:

APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Atraso na entrega do imóvel. Ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores pagos. Sentença de procedência parcial. Inconformismo da *corré* 'CIBRASEC'. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. Não acolhimento, uma vez que *a corré foi responsável pela cobrança de parcelas do preço do imóvel, participando da cadeia de fornecimento do bem. Inteligência do art. 7º, parágrafo único, do CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELA DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS. Apelante que participou do negócio na condição de securitizadora de créditos havidos pela incorporadora 'Fleche' e recebeu valores dos autores a título de parcelas do preço do imóvel, estando suficientemente caracterizada sua responsabilidade solidária pela devolução.* Posterior celebração de contrato de retrocessão de recebíveis, com a incorporadora, que encerra *res inter alios acta* perante os promitentes compradores e não afasta sua responsabilidade pela devolução de parcelas do preço do imóvel. Sentença confirmada. Sucumbência recursal da apelante. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0001090-36.2014.8.26.0654, Julgado em 18/08/2020 – destaques nossos)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PLANTA. PRELIMINARES. INCLUSÃO MRV. DESNECESSIDADE. ILEGITIMIDADE SECURITIZADORA. AFASTADA. MÉRITO. ATRASO ENTREGA. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR. AFASTADO. INADIMPLÊNCIA DA VENDEDORA. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS. PARCELA ÚNICA. RESPONSABILIDADE TODOS OS FORNECEDORES. SOLIDARIEDADE. RECURSOS CONHECIDOS. PRELIMINARES REJEITADAS. NO MÉRITO. NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação nº 0036488-91.2014.8.07.0001, Julgado em 15/02/2017 – destaques nossos)

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA NA ENTREGA DE IMÓVEL.[...] FUNDAMENTOS DO RECURSO de BRAZILIAN SECURITIES CIA DE SECURITIZAÇÃO - PRELIMINAR: *Ilegitimidade passiva. Tratando-se de relação de consumo, há responsabilidade solidária entre os fornecedores, construtora e financiadora, a teor dos arts. 14 e 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor.* [...] Inicialmente, cabe a retificação no cadastramento destes recursos, para que sejam reconhecidos como Agravos de Instrumento. Preliminares rejeitadas e, quanto ao mérito, nega-se provimento a ambos os recursos. (BRASIL, Tribunal de Justiça da Bahia, Agravo de Instrumento nº 0560617-55.2017.8.05.0001, Julgado em 21/07/2020 – destaques nossos)

A partir dos julgados colacionados, utilizados como exemplos da posição majoritária adotada nos Tribunais Estaduais, constata-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado às securitizadora cessionárias de crédito para inclui-las como responsáveis pelas obrigações decorrentes do contrato subjacente, originador do crédito, em razão da solidariedade prevista na lei consumerista.

Entretanto, a existência de legislação especial que regulamenta essa relação jurídica e posterior ao Código de Defesa do Consumidor, qual seja, a Lei 10.931/2004, que inseriu o artigo 31-A, § 12 à Lei 4.591/64, cria aparente conflito de normas, uma vez que afasta a responsabilidade da securitizadora cessionária de crédito imobiliário.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a securitizadora de crédito imobiliário é sociedade anônima ou em comandita por ações que atua, por exemplo, com a aquisição de créditos oriundos de contratos de compra e venda de imóveis. Ao adquirir a titularidade do crédito, a securitizadora emite termo de securitização e título de crédito, como o Certificado de Recebíveis Imobiliários, que serão negociados no mercado

financeiro. O objetivo dessa operação é a captação de recursos e o fomento da atividade econômica, propiciando aumento de capital para construção habitacional.

Uma vez adquirido o crédito, caberá à securitizadora realizar a cobrança do valor devido pelos adquirentes.

Ocorre, entretanto, que o negócio jurídico subjacente, ou seja, o contrato de compra e venda, foi firmado sem a participação da securitizadora e com cláusulas contratuais que estipularam obrigações apenas e exclusivamente entre a construtora-vendedora e o comprador do imóvel vendido.

Não raro ocorre a judicialização pelo comprador para obter indenizações decorrentes de problemas com a obra, atraso na entrega do empreendimento ou a rescisão do contrato, seja por desinteresse em razão de inadimplementos da construtora, seja em razão da incapacidade econômica do adquirente de honrar as obrigações assumidas e adimplir as parcelas do preço do imóvel.

Tendo em vista que o adquirente recebe o boleto para pagamento das parcelas do titular do crédito, isto é, a securitizadora, ela é incluída no polo passivo para responder por todos os pedidos do autor-consumidor-comprador: vícios de construção, retardamento na entrega das chaves do imóvel, rescisão do contrato.

E com a aplicação exclusiva das normas consumeristas há jurisprudência formada que estende à securitizadora o dever de responsabilizar os adquirentes.

Entretanto, a relação jurídica estabelecida entre o comprador e a securitizadora decorre do negócio jurídico de cessão de créditos entabulado entre a originadora do crédito, que é a construtora, com quem o adquirente celebrou o contrato e quem assumiu outras obrigações perante ele, e a securitizadora.

Observa-se, portanto, que o primeiro instituto jurídico a ser analisado nessa relação é a cessão de créditos. Disciplina no Código Civil, há, além da própria cessão de crédito, a assunção de dívidas e a cessão de posição contratual.

A diferença essencial entre esses institutos está no objeto transferido. Enquanto na cessão de crédito o titular do crédito cede apenas, única e exclusivamente o crédito que detém, mantendo-se, portanto, obrigado perante o outro contratante pelas obrigações que com ele assumiu, na assunção de dívidas há transferência das obrigações, da dívida, que a parte possui perante a outra.

É assim que ensina Carlos Roberto Gonçalves, que destaca ser a cessão de crédito “negócio jurídico bilateral, pelo qual o credor transfere a outrem seus *direitos* na relação obrigacional”. (GONÇALVES, 2012, p.217 – destaque nosso), enquanto a assunção de dívida, também denominada cessão de débito e introduzida pelo Código Civil de 2002, é

[...] negócio jurídico pelo qual o *devedor* transfere a outrem sua posição na relação jurídica. Segundo a doutrina, é um negócio jurídico bilateral, pelo qual o devedor, com anuência expressa do credor, transfere a um terceiro, que o substitui, os encargos obrigacionais, de modo que este assume sua posição na relação obrigacional, responsabilizando-se pela dívida, que subsiste com os seus acessórios. (GONÇALVES, 2012, p.229 – destaque no original)

Já a cessão de posição contratual, por seu turno, é a transferência integral da posição que aquela parte possuía no contrato para uma outra. Não possui expressa previsão no Código Civil, mas decorre da presença simultânea da cessão de créditos e débitos, de forma complexa, como continua explicando Carlos Roberto Gonçalves:

O contrato, como bem jurídico, possui valor material e integra o patrimônio dos contratantes, podendo por isso ser objeto de negócio. Esse valor não se limita ao bem da vida sobre o qual índice a manifestação de vontade das partes, mas abrange um conjunto de atividades [...]. Esse complexo, que inclui os direitos e as obrigações, os créditos e os débitos emergentes da avença, denomina-se *posição contratual*, de valor econômico autônomo, passível, portanto, de circular como qualquer outro bem econômico. (GONÇALVES, 2012, p.240 – destaque no original)

Enquanto a cessão de crédito dispensa a anuência do devedor, sendo necessária sua notificação apenas como condição de eficácia, para que possa pagar corretamente ao novo credor, nos termos do artigo 290 do Código Civil, a assunção de dívida e a cessão de posição contratual exigem a anuência da outra parte, conforme dispõe o artigo 299 da lei civil.

A razão para essa diferenciação está no interesse e na função social do contrato. Para o devedor não há, em regra, distinção entre realizar o pagamento para uma ou outra pessoa, sendo apenas necessário que saiba quem é o credor para pagar corretamente.

Por outro lado, para o credor há especial relevância na não alteração da pessoa do devedor, uma vez que o patrimônio dele é que responderá em caso de inexecução. Logo, ao realizar a contratação, cabe ao credor averiguar a extensão patrimonial de seu devedor para constatar se há interesse na celebração do pacto, já que, em caso de inadimplemento, será o patrimônio dele que responderá pela dívida.

Ao adquirir o imóvel de uma certa e determinada construtora, cabe ao adquirente o direito de impedir que a obra seja transferida e executada por outra pessoa, afinal, foi em razão da pessoa jurídica com quem contratou que o adquirente decidiu comprar aquele imóvel e não outro, construído por outra pessoa, com outro patrimônio e outras condições.

Entretanto, se por um lado o adquirente é credor da construtora em relação a entrega do imóvel e pode exigir que ela seja compelida a entregar o bem vendido, e não anuir com a transferência do empreendimento para outra construtora, por outro lado ele, adquirente, também é devedor, responsável pelo pagamento do preço.

E nessa obrigação, em que ele é devedor e deve pagar o preço para a construtora, ele não pode se opor a cessão de crédito, pois a ele é indiferente para quem irá pagar. Destaque-se que ao ceder o crédito não há cessão das obrigações assumidas pela construtora, mas apenas a cessão do seu crédito. Ou seja, ela deixa de ser a credora daquele adquirente,

mas permanece obrigada a entregar o imóvel, pois no negócio jurídico de cessão de crédito há única e exclusivamente a cessão de crédito, e não de dívidas ou obrigações, situação em que se estaria diante de uma assunção de dívida, com a necessária anuência prévia do adquirente-credor.

Para regulamentar especificamente a relação jurídica decorrente de condomínios e incorporações imobiliárias há a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Apesar de ser anterior ao Código de Defesa de Consumidor, houve substancial alteração em seu diploma com o advento da Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, que incluiu diversos dispositivos em seu texto.

Dentre essas alterações, houve a inclusão de capítulo sobre o “patrimônio de afetação”. Trata-se do “Capítulo I-A”, que já em seu primeiro dispositivo, o artigo 31-A, determina a possibilidade de se destacar, no patrimônio do incorporador, parte de bens que serão vinculados a determinado empreendimento como garantia para aqueles adquirentes da solidez da obra em desenvolvimento.

O § 12 desse artigo, por seu turno, traz importante limitação à responsabilidade. Como a realização de obras exige vultuoso capital, para a captação de recursos é necessária a participação de investidores e, como esclarecido em capítulo anterior, cabe à securitizadora adquirir os créditos da construtora e emitir os respectivos títulos de créditos que serão negociados no mercado financeiro.

Para que haja fomento da atividade e interesse de investidores, o referido dispositivo legal esclarece que o cessionário de crédito é mero adquirente do crédito, e não da posição contratual da construtora. Portanto, as obrigações e as responsabilidades que a construtora ou a incorporadora possuem perante o adquirente não se transferem ao cessionário com a cessão de crédito.

Trata-se de dispositivo que reforça as previsões do Código Civil acerca dos limites da responsabilidade do cessionário de crédito em relação ao negócio jurídico subjacente e determina:

Art. 31-A. § 12. A contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) (destaques nossos)

Conclui-se, portanto, que especificamente em relação ao cessionário de crédito, a responsabilidade civil é pessoal e não responde pelas obrigações e pelos deveres do cedente, seja de forma subsidiária, seja de forma solidária, com afastamento da regra geral prevista no Código de Defesa do Consumidor, sob pena de inviabilização da atividade e do desejado fomento econômico para o ramo habitacional.

3 O APARENTE CONFLITO COM AS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi introduzido no sistema jurídico logo após o advento da Constituição Federal de 1988, como forma de propagação de um ordenamento mais democrático e social, atento às questões reais das pessoas vulneráveis e o mercado de consumo, que já naquele momento demonstrava o desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor.

Com os avanços das tecnologias, a publicidade e a internet, o consumo tornou-se ainda mais intenso e as novas necessidades, como celulares com aplicativos, troca de mensagens instantânea e a comunicação em massa, demonstraram a interconectividade do consumidor em praticamente qualquer lugar do mundo.

Com isso, as regras protetivas da lei consumeristas comprovam, a cada dia, sua importância. Entretanto, por ser uma norma criada na década de 1990, ainda não podia prever intricados relacionamentos e contratos, que periodicamente tornam-se mais complexos.

Em diversas oportunidades buscam os fornecedores, judicialmente, esquivar-se das regras do Código de Defesa do Consumidor e tentam demonstrar sua não participação na cadeia de consumo e a inaplicabilidade das leis consumeristas para suas relações.

É o que vimos de bancos, instituições financeiras, planos de saúde, planos de previdência privada e outros grandes litigantes que argumentaram, enfaticamente, o afastamento da responsabilidade solidária e objetiva e a inexistência de relação de consumo com seus clientes.

Entretanto, os Tribunais Estaduais e as Cortes Superiores, sempre com a análise cuidadosa e atenta, confirmaram a aplicação protetiva ao consumidor para todas essas situações, com a edição de súmulas para uniformização de julgamentos, como observamos, exemplificativamente, dos enunciados do Superior Tribunal de Justiça a seguir transcritos:

Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2004)

Súmula 563 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2016)

Súmula 602 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos empreendimentos habitacionais promovidos pelas sociedades cooperativas. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Os Tribunais Estaduais, no mesmo sentido, também editam súmulas para pacificação das decisões e confirmam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para relações com plano de saúde, como dispõe o enunciado nº 100 do Tribunal de Justiça de São Paulo e com concessionária de serviço, nos termos do enunciado nº 254 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo.

A resistência dos fornecedores em relação ao Código de Defesa do Consumidor ocorre em razão das amplas normas protetivas à parte vulnerável, com a possibilidade de inversão do ônus da prova e, em relação aos contratos, a mitigação de princípios sedimentados no âmbito privado, como a força vinculativa da relação, a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

Ao discorrer sobre esses três aspectos tradicionais do contrato privado, Claudia Lima Marques ensina:

A ideia de autonomia de vontade estava estreitamente ligada à ideia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito. (MARQUES, 2011, p. 66)

Ocorre, entretanto, que os contratos celebrados no mercado de consumo não aplicam, verdadeiramente, e da forma como inicialmente concebido, o princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade, pois inexistente possibilidade real de negociação total do contrato, mas mera aderência ou não às cláusulas pré redigidas e estipuladas pelo fornecedor, que são iguais para toda a massa de clientes que desejarem adquirir seu produto ou serviço.

Não é ilícita a estipulação prévia de cláusulas contratuais e a mera entrega do contrato para que o consumidor analise se aceita ou não, tanto que o contrato de adesão está previsto seja no Código Civil para relações privadas, como no Código de Defesa do Consumidor para as relações de consumo.

Contudo, tanto na esfera civilista como na consumerista, a existência de um negócio celebrado por adesão demonstra que uma das partes participou da avença de forma mais efetiva e impositiva, enquanto à outra coube apenas aderir ou recusar.

Por esse motivo existe uma proteção maior ao aderente e ao consumidor, que não puderam exprimir sua real vontade e eventuais discordâncias, muitas vezes sequer tendo informações claras e adequadas.

Por outro lado, há o receio que as cláusulas estabelecidas não sejam cumpridas e ainda alteradas judicialmente, o que traz insegurança jurídica ao fornecedor, por não saber como será obrigado a cumprir uma avença que havia estipulado com a parte contrária e a partir da qual estruturou outros vínculos negociais.

Em contrapartida, o consumidor de boa fé corriqueiramente descobre abusos ou ilicitudes no contrato celebrado apenas após a sua celebração e durante a execução do negócio, o que o motiva a pedir judicialmente o afastamento das cláusulas abusivas, com substituição do que fora estabelecido por prestações mais equilibradas.

Com o propósito de reequilibrar eventuais vínculos desiguais, os Tribunais Estaduais, na maioria dos casos, incluem como parte da cadeia de consumo todo e qualquer sujeito que tenha o menor relacionamento possível com o consumidor para que seja garantido o amparo e reparações tuteladas na lei consumerista.

Aqueles que compõem a cadeia de fornecedores é objeto de estudos como foi, no século XIX, a apuração dos *culpados* na responsabilidade civil. A elaboração da teoria da culpa e da responsabilidade civil ensejou a produção de volumosas teses sobre o conceito de culpa e quem é culpado, o que acarretou conseqüente criação da análise do nexo de causalidade entre o dano e o culpado para limitar e responsabilizar apenas aqueles efetivamente envolvidos na ocorrência do dano e neutralizar o regresso ao infinito.

Exemplificativamente, suponhamos que a vítima tenha sido atropelada por um veículo e que isso lhe tenha causado lesões estéticas. O causador do dano, o condutor do veículo, será responsável por indenizar a vítima e a custear eventual procedimento estético reparatório, uma vez que o dano ocorreu em razão da conduta ilícita do agente.

Entretanto, não fosse a existência do carro, o dano também não teria sido causado. Porém, em razão da teoria do nexo causal adotada no ordenamento pátrio, não é possível regressar à concessionária que vendeu

o veículo, tampouco ao montador do carro, para que reparem pelo dano causado pelo condutor, salvo se, por exemplo, restar demonstrada a existência de vício mecânico ou de produção.

Há diversas teorias que estudam o nexo de causalidade e destacaremos apenas uma para demonstrar a relevância de limitação, no âmbito civil, do culpado e que, em paralelo, contribuirá para o estudo da cadeia de fornecedores da lei consumerista.

A teoria da causalidade adequada, formulada por Ludwig von Bar em 1871 determina que haverá nexo de causalidade se o fato analisado contribuiu de forma idônea para a produção do dano. (STOCO, 2013, p. 205)

Na teoria da causalidade busca-se indagar, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser considerados como determinantes desse dano. (STOCO, 2013, p. 205)

A ocorrência de um dano pode, se analisada em regresso, englobar inúmeros e infinitos sujeitos, o que não representa a forma adequada de responsabilização, sob risco de desestímulo à economia e insegurança jurídica, já que, como no exemplo criado acima, fossem as montadoras sempre responsável por indenizar vítimas de acidente de carro causados por condução negligente inexistiria interesse econômico em manter a produção de veículos no país.

Em análise analógica, podemos estudar a cadeia de fornecedores e a responsabilidade solidária do Código de Defesa do Consumidor. Para Claudia Lima Marques:

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja, a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. (MARQUES, 2011, p. 415)

De acordo com os artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, todo fornecedor responde solidariamente pelos prejuízos causados ao consumidor, seja ao oferecer um produto ou um serviço.

E o artigo 3º do mesmo diploma discrimina quem é fornecedor para incluir, basicamente, qualquer pessoa que desenvolva atividade econômica fornecendo seu produto ou seu serviço para aquisição pelo destinatário final, o consumidor.

Em um primeiro momento, a cadeia de fornecedores contribui para que o consumidor que adquire uma televisão de determinada marca em um estabelecimento e experimente um prejuízo possa acionar judicialmente tanto a produtora da televisão como o estabelecimento que comercializou o bem, o que facilita sua reparação, na medida em que para ele, consumidor, ambos, produtor e comerciante, se apresentam em igualdade de posição contratual por terem disponibilizado a ele meios de adquirir o bem.

Contudo, suponha que a aquisição tenha sido realizada por meio de pagamento via cartão de crédito. Não é crível que a operadora de cartão de crédito ou o banco ao qual o consumidor possui conta vinculada ao cartão de crédito sejam igualmente responsabilizadas por danos advindos de vícios na televisão meramente porque intermediaram o meio de pagamento. Este é um exemplo que demonstra que a cadeia de fornecedores não abrange toda pessoa envolvida na transação, já que a operadora de cartão de crédito, por óbvio, não será responsabilizada pelos prejuízos causados de vícios na televisão vendida.

É importante que haja correta delimitação da cadeia de fornecedores para que não se inclua, como no nexo de causalidade, uma regressão ao infinito e qualquer agente que atue no mercado esteja sujeito a reparar prejuízos experimentados por produtos ou serviços que ele não possui qualquer vinculação, apesar de ter participado de alguma forma do negócio entabulado.

Ainda no exemplo supra citado, caso, por exemplo, a operadora de cartão de crédito realize uma cobrança indevida, como duplicando o valor do pagamento, haverá sua responsabilidade por esse comportamento, que engloba cadeia de fornecedor própria e diferente da anterior.

Esses exemplos mais simples de serem imaginados contribuem para a adequada averiguação da responsabilidade civil da sociedade securitizadora e da inaplicabilidade da cadeia de fornecedores e da relação de consumo a ela em certos e determinados vínculos.

Como esclarecemos ao início do trabalho, o consumidor que adquire da construtora unidade imobiliária celebra com ela contrato de compra e venda e se compromete a pagar o preço de determinada forma, parcelada. Esse contrato origina um crédito para a construtora (ou incorporadora, por exemplo) e detentora deste crédito ela pode dele dispor, havendo, em muitos casos, previsão expressa no contrato sobre a possibilidade de cessão de créditos para que o consumidor esteja munido de informações claras e adequadas.

A mera cessão de créditos é negócio jurídico restrito e tem como objeto apenas a transferência do crédito da construtora para o cessionário. Ela continua responsável e obrigada por cumprir as obrigações firmadas no contrato celebrado com o consumidor, como a entrega em determinado prazo, pois não houve cessão de dívidas (a denominada “assunção de dívidas” pelo Código Civil), tampouco cessão de posição contratual (que é negócio jurídico complexo com substituição da parte integralmente em sua posição no contrato celebrado).

A sociedade securitizadora, por seu turno, cessionária do crédito e única legalmente autorizada a emitir, com o termo de securitização, o Certificado de Recebíveis Imobiliários, realiza a colocação do título, de livre negociação e lastreado no crédito imobiliário, no mercado financeiro para aquisição por investidores.

Com a cessão de créditos ela passa a realizar a cobrança e com o adimplemento realiza o pagamento da remuneração aos investidores. Em caso de desfazimento judicial do contrato, com rescisão, a securitizadora precisará responder perante os investidores e ser ressarcida pela cedente do crédito, que transferiu um crédito inexistente.

Ocorre que, a sua inclusão como corresponsável solidária pelas obrigações da construtora ou da incorporadora pelos deveres que estas assumiram com o consumidor é indevida. O contrato imobiliário é negócio subjacente e sem que haja participação nessa cadeia de fornecedores da sociedade securitizadora.

Diferente, contudo, se o consumidor é cobrado por valor indevido da securitizadora ou se ela, após a cessão de créditos, insere juros diversos dos pactuados ou altera o índice de correção monetária, modificando o

que havia sido contratualmente estabelecido. Nestes casos, inquestionável a presença da relação de consumo e da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilização da sociedade securitizadora sob o argumento de pertencer à cadeia de fornecedores por realizar a cobrança das parcelas do preço deixa de analisar a verdadeira vinculação entre as partes e realiza inadequada aplicação da responsabilidade solidária, pois a participação da securitizadora não ocorre na cadeia relacionada ao contrato de compra e venda, assim como a operadora de cartão de crédito igualmente não responde por vícios relacionados ao bem comprado com o cartão.

Para que não houvesse confusão e responsabilização indevida da sociedade securitizadora e visando o fomento da atividade econômica e da função social do contrato, a Lei 10.931/2004 expressamente limitou, com termos claros e inquestionáveis, a responsabilidade ao determinar que a cessão de crédito, nestes casos, não ocasiona a transferência da responsabilidade da construtora ou incorporadora, conforme se constata do art. 31-A, § 12 inserido na Lei 4.591/64.

Embora haja norma regulamentadora, os Tribunais Estaduais permanecem ampliando a responsabilidade e incluem a sociedade securitizadora como corresponsável por condenações impostas à construtora e à incorporadora, como o dever de restituir o consumidor pelos valores pagos pelo contrato judicialmente rescindido, com juros e atualizações, ou indenizações por danos morais e materiais (inclusive lucros cessantes) por atraso na entrega da obra.

O principal e único fundamento para essa corresponsabilização está na aplicação do Código de Defesa do Consumidor a partir da interpretação de que a securitizadora participaria da cadeia de fornecedores ao adquirir os créditos e realizar as cobranças.

A despeito do disposto no artigo 31-A, § 12 da Lei 4.591/64, as decisões judiciais concluem pela existência da relação de consumo e a prevalência da norma consumerista em detrimento de outras normas, inclusive a Lei 4.591/64, que seria aplicável apenas para relações de âmbito privado.

O Código de Defesa do Consumidor não é o único a regular as relações de consumo, apesar de ser a principal fonte legislativa e centro do microsistema protetivo. Mas, a impossibilidade de um único diploma prescrever sobre relações tão díspares denota que o Código é o ponto de partida para os inúmeros e diversos vínculos criados com consumidores, a par de outras leis que regulamentarão de forma especial situações específicas, com regras próprias, que deverão ser analisadas em conjunto para manutenção da ordem esperada no sistema jurídico e todas sob o viés das previsões constitucionais.

Nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques, os conflitos aparentes entre normas que envolvam o Código de Defesa do Consumidor devem ser solucionados a partir de um diálogo entre as diversas fontes, sem que haja revogação, como aparenta ser a única solução trazida pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (MARQUES, 2011).

O aplicador da lei, portanto, ante o aparecimento de uma contradição entre normas do CDC e leis anteriores, leis gerais ou especiais, ou leis posteriores, gerais ou especiais, verificará inicialmente se é possível compatibilizar as duas normas pretensamente em contradição. Se uma interpretação compatibilizadora, integrativa, que permita a aplicação das duas normas ao mesmo tempo, é possível, será esta a escolhida e desaparecerá a antinomia meramente aparente. (MARQUES, 2011, p. 628-629)

Além do caso objeto deste estudo, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades já se posicionou pela possibilidade de, mesmo diante de uma relação de consumo, haja prevalência na aplicação de uma norma posterior e especial, como fez, por exemplo, em relação à alienação fiduciária em garantia e indenização decorrente de problemas com transporte aéreo.

Em relação à alienação fiduciária em garantia, destacamos a ementa abaixo de caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que elucida a aplicação da Lei 9.514/97 para relações de consumo com a referida garantia:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM DEVOLUÇÃO DE VALORES. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. ARTS. 26 E 27 DA LEI 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2020)

Já em relação ao transporte aéreo internacional, que também possui normas em aparente conflito com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, concluiu o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Tema 210, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 636.331-RJ com repercussão geral:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2017)

Para a situação específica tratada nesse trabalho, qual seja, a responsabilidade das sociedades securitizadora de crédito imobiliário, temos o aparente conflito entre a responsabilidade solidária do Código de Defesa do Consumidor e a o afastamento total de sua responsabilização no artigo 31-A, § 12 da Lei 4.591/64, incluído pela Lei 10.931/2004.

Nota-se que o dispositivo foi inserido no ordenamento jurídico por uma lei posterior ao Código de Defesa do Consumidor e para tratar de uma matéria específica em relação às regras gerais trazidas naquele diploma: as relações sobre condomínio e incorporações imobiliárias, modalidade especial de consumo.

Como sustentamos, o novel dispositivo não busca apenas excluir a responsabilidade da securitizadora cessionária de crédito com o fito de desamparar o consumidor, mas por expressar uma relação jurídica clara: a cessionária adquiriu apenas os créditos e não as obrigações da construtora ou incorporadora. Logo, se estas falham na prestação de seu serviço ou executam o contrato em mora, devem apenas elas e eventuais outros fornecedores que participem desta cadeia de consumo, responder por indenizações ou rescisão do negócio.

Isto não significa que não existe relação de consumo entre o adquirente da unidade e securitizadora, que realiza a cobrança. Contudo, assim como há relação de consumo entre o consumidor e a operadora de cartão de crédito, a relação limita-se a uma cadeia específica e que, no caso da aquisição do imóvel, a securitizadora é considerada fornecedora nas relações que envolvam a cobrança, como emissão incorreta de boleto, inclusão de juros indevidos, alteração do índice de correção de forma diversa da pactuada.

Não há, entretanto, presença na cadeia de consumo relacionada ao contrato subjacente ao crédito, isto é, a securitizadora não participa da cadeia de consumo relacionada ao bem objeto do contrato de compra e venda de imóvel, como o seu atraso.

Firma-se, assim, o diálogo entre as fontes, com a aplicação simultânea da lei consumerista e da Lei 10.931/2004.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa desenvolvida conclui-se que as sociedades securitizadora de crédito imobiliário desempenham importante e fundamental papel no mercado imobiliário e financeiro para estimular investimentos e, por conseguinte, a atividade de construção habitacional.

Sua atuação ocorre a partir da aquisição de créditos de originadores, como construtoras e incorporadoras, a partir da comercialização de unidades imobiliárias. Realizada a cessão de crédito, a securitizadora emite o correspondente título de crédito nominativo, CRI, e o coloca no

mercado financeiro para aquisição por investidores. Com o pagamento das parcelas do preço, a securitizadora realiza o pagamento da remuneração aos investidores.

Com isso, constata-se que a securitizadora não possui relação jurídica consumerista com o adquirente da unidade em relação ao contrato subjacente, isto é, a securitizadora não pertence a cadeia de consumo relacionada à venda do bem imóvel. Sua participação como fornecedora ocorre em relação de consumo própria, qual seja, a cobrança das parcelas do preço.

Deste modo, verifica-se a possibilidade de diálogo entre as normas do direito do consumidor e as estabelecidas em legislação própria, na Lei 4.591/1964, conforme alterações introduzidas pela Lei 10.931/2004, como já realizado pelas Cortes Superiores em outras situações que envolveram antinomias similares.

Portanto, conclui-se, sem a pretensão de esgotamento das discussões relacionadas ao tema, que a sociedade securitizadora é plenamente responsável pelas relações de consumo decorrentes da atividade de cobrança, mas, conforme preceitua o artigo 31-A, § 12 da Lei 4.591/1964, por ser mera cessionária de crédito imobiliário não pode ser responsabilizada pelas obrigações inadimplidas absoluta ou relativamente pela originadora do crédito, tampouco pela rescisão do negócio jurídico, cabendo a ela apenas ser notificada da desconstituição do crédito para interrupção da cobrança, que é o bem específico atinente à sua cadeia de consumo.

REFERÊNCIAS

ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. **Mercado financeiro**: aspectos históricos e conceituais. São Paulo: Pioneira, 1999.

BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 6 dez.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2004, DJ 09/09/2004 p. 149. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 563**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2016]. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 602**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Agravo Interno no Recurso Especial nº1.848.934-SP. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2020]. Quarta Turma, julgado em 11/05/2020, DJe 22/05/2020. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 210**: tese de repercussão geral. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Tribunal Pleno, DJe 25/05/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Recurso de Agravo de Instrumento nº 0560617-55.2017.8.05.0001. Relator Osvaldo de Almeida Bomfim, 4ª Câmara Cível, 21/07/2020. Disponível em <http://esaj.tjba.jus.br/>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Recurso de Apelação nº 0036488-91.2014.8.07.0001. Relator Romulo de Araujo Mendes, 1ª Turma Cível, 15/02/2017. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em 9 dez.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação nº 0001090-36.2014.8.26.0654. Relator Viviani Nicolau, 3ª Câmara de Direito Privado, 18/08/2020. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/>. Acesso em 9 dez.2020.

COELHO, Livia Alves Visnevski Fróes. **Securitização**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2007. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7669/1/Livia%20Alves%20Visnevski%20Froes%20Coelho.pdf>. Acesso em 7 dez.2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.7. 21. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

FACCHINI NETO, Eugenio. A revitalização do direito privado brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29-66.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Renata Oliveira Pires de. **Efeito certeza, efeito reflexo e excesso de confiança em investidores institucionais de títulos de securitização: um estudo de caso**. 2019. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, Piracicaba, SP, 2019. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11153/tde-24072019-093127/publico/Renata_Oliveira_Pires_de_Souza_versao_revisada.pdf. Acesso em 7 dez.2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Deborah Fonseca Fernandes

Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Mestre em Direito Civil Comparado pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Advogada

LEGITIMIDADE PARA TOMADA DE
DECISÃO APOIADA: ASPECTOS
PROCESSUAIS E MATERIAIS

Fabrício do Vale Barretto

LEGITIMIDADE PARA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS*

LEGITIMACY TO SUPPORTED DECISION-MAKING: PROCEDURAL AND MATERIAL ASPECTS

Fabício do Vale Barretto

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO. 2 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. 2.1 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* ATIVA. 2.2 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* PASSIVA. 3 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. 3.1 LEGITIMIDADE ATIVA: O COTEJO ENTRE O OBJETO DO APOIO E A CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3.2 LEGITIMAÇÃO PÓS-HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE APOIO. 3.3 LEGITIMIDADE PASSIVA. 3.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS E EXCLUSÃO DO LEGITIMADO PASSIVO. 4 EXTINÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA PELO LEGITIMADO ATIVO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar a legitimidade e a capacidade para o procedimento da tomada de decisão apoiada instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa legislativa e bibliográfica, especialmente nos campos de Direito de Família e Direito Processual Civil. Inicialmente, realiza-se um breve estudo sobre a origem legislativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seguida, estuda-se a legitimidade sob a óptica da relação jurídica processual. Como conclusão, trata das legitimidade e capacidade da pessoa com deficiência e do apoiador na relação de direito material.

Palavras-chave: Tomada de decisão apoiada; pessoa com deficiência; legitimidade; capacidade civil; discernimento.

*ARTIGO RECEBIDO EM 02.12.2020 E APROVADO EM 01.10.2021.

ABSTRACT

This paper aims to examine the legitimacy and legal capacity for the Supported Decision-Making procedure established by the Statute on Persons with Disabilities. For this purpose, the legislative and bibliographic research methodology was used, specially in the field of Family Law and Civil Procedure. Initially, a brief study is carried out on the legislative origin of the Statute on Persons with Disabilities. Then, the legitimacy to act is studied under the perspective of the procedural legal relationship. Conclusively, it addresses the legitimacy and legal capacity of the person with disabilities and the supporter in the material legal relationship.

Keywords: *Supported decision-making; person with disability; legitimacy to act; legal incapacity; discernment.*

INTRODUÇÃO

A adesão da República Federativa do Brasil à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impactou o processo legislativo do Projeto de Lei n. 7699/2006, que tramitou na Câmara dos Deputados após conversão do Projeto de Lei do Senado 6/2003. Dessa forma, como consequência, foi promulgada a moderna Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto das Pessoas com Deficiência, inovando o regime das capacidades e a tutela do direito material e processual, especialmente de quem possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Entre as inovações, tivemos a criação da Tomada de Decisão Apoiada, que surgiu com o objetivo de garantir o apoio à autonomia da pessoa com deficiência, que passa a governar sua vida com o auxílio de pessoas idôneas, próximas e confiáveis, alterando-se o modelo de simples substituição da vontade vigente até então.

Em decorrência da existência de lacunas legislativas e de ser instituto contemporâneo, a Tomada de Decisão Apoiada não possui bases sólidas. Oportuno e revelador o recente testemunho de Tartuce (2019, p. 751), segundo o qual “a norma é cheia de detalhes e desperta muitas dúvidas práticas nos aplicadores do Direito” e que “grandes são os desafios

que o Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência traz para os aplicadores e intérpretes do Direito Privado.” Exige-se da doutrina, processual e cível, maiores esforços para construir dogmática jurídica em torno da matéria, daí se justificar a sua investigação. Para tanto, ao longo do estudo serão apresentadas situações-problema sobre o procedimento da tomada de decisão apoiada relativas às legitimidades ativa e passiva, nosso recorte temático.

O objetivo do presente artigo é, portanto, contribuir para o estudo da legitimidade para figurar na relação jurídica da Tomada de Decisão Apoiada, tanto processual quanto material, através de métodos de pesquisa bibliográfica e documental, analisando leis e projetos de lei, fixando o objeto do apoio e sua relação com a titularidade do direito de ser apoiado.

1 TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO

Em 2007, ocorreu em Nova York a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que teve nossa República Federativa como um dos Estados signatários. Com a aprovação do Decreto Legislativo 186/2008 pelo Congresso Nacional, na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, essas regras convencionais passaram a gozar de *status* de emenda constitucional.

Entre outras regras que reforçam o direito de as pessoas com deficiência gozarem de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, a Convenção de Nova York estabeleceu, no art. 12, que os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal, respeitando os direitos, a vontade e as preferências da pessoa. A obrigação foi cumprida no âmbito legislativo.

O processo legislativo do Projeto de Lei n. 7699/2006 foi profundamente impactado pela vigência dessas normas convencionais, que são a maior expressão jurídica da substituição do modelo médico de abordagem das pessoas com deficiência pelo modelo de direitos humanos. Sobre o novo modelo, ensina Ramos (2019, p. 840):

A principal característica deste modelo é sua abordagem de “gozo dos direitos sem discriminação”. Fica consagrado o vetor de *antidiscriminação* das pessoas com deficiência, o que acarreta reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a *responsabilidade do Estado e da sociedade* na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano.

Para se adequar a esse novo paradigma, a redação do Projeto de Lei n. 7699/2006 foi praticamente reescrita e, após longos estudos nas comissões temáticas e debates parlamentares, foi sancionada e promulgada a Lei n. 13.146/2015.

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve alterações no regime de capacidade das pessoas naturais, com e sem deficiência, mitigação da curatela no tempo e em seu conteúdo, e instituição do procedimento de tomada de decisão apoiada, medida protetiva que garante o apoio para o exercício da capacidade civil pela pessoa com deficiência.

De acordo com o art. 1.783-A do Código Civil, a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A constituição da Tomada de Decisão Apoiada se desdobra em dois momentos consecutivos: a formação do negócio jurídico solene entre apoiado e apoiadores e o processo destinado à homologação judicial do termo de apoio. Em seguida, haverá o exercício do direito propriamente dito, quando as partes se depararem com o objeto do apoio no mundo dos fatos. É a legitimidade, ativa e passiva, nesses três momentos que será estudada doravante.

Na relação jurídica processual, a legitimidade se relaciona com a situação jurídica ou a titularidade do direito posto para apreciação judicial, tanto em relação ao crédito quanto ao débito. Em relação ao nosso estudo,

refere-se a quem pode, em nome próprio, exercer regularmente o direito de acionar o Estado-juiz para homologar o termo de apoio, e às pessoas que se sujeitarão às obrigações deduzidas nesse negócio jurídico a ser homologado.

Para além do processo, o estudo também analisa a legitimidade sob a perspectiva do direito material, tanto antes da homologação judicial quanto após a integração das vontades dos particulares pelo Estado-juiz através de processo de jurisdição voluntária.

2 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

No procedimento jurisdicional de tomada de decisão apoiada não há autor e réu; não há interesses jurídicos antagônicos na demanda homologatória. A relação jurídica processual é formada pelo Estado-juiz e pelos interessados, que comporão seus polos como partes formais.

2.1 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* ATIVA

Com fundamento no axioma de quem pode o mais pode o menos, Farias e Rosenvald (2019, p. 960) entendem que os legitimados para a ação de curatela são também legitimados para pleitear a Tomada de Decisão Apoiada. É uma posição minoritária – talvez isolada –, pois essa conclusão advém de interpretação *contra legem*.

O Código Civil, art. 1.783-A, *caput*, é manifesto no sentido de que é a pessoa com deficiência a ser apoiada que detém legitimidade *ad causam* ativa para instaurar o procedimento de tomada de decisão apoiada. Inexiste hipótese legal de substituição processual ou legitimidade concorrente. Nesse sentido, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, o Enunciado 639, no qual dispõe na primeira parte que “a opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência.”

Como sabemos todos, a legitimidade ativa é aferida *in status assertionis*, isto é, em função dos fatos narrados na petição inicial. Dessa forma, afirmado em juízo que se trata de pessoa com deficiência, ela será parte legítima para a propositura desta ação homologatória.

Se excepcionalmente for constatado na fase instrutória prevista no Código Civil, art. 1.783-A, § 3º, que o requerente não é pessoa com deficiência, deverá o magistrado julgar improcedente o pedido homologatório. Não há razão para extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência de legitimidade (CPC, art. 485, VI), pois o mérito do processo terá sido analisado: a parte requerente não possui o direito de se valer do apoio.

De passagem, convém informar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 11091/2018 (conversão do Projeto de Lei do Senado n. 757/2015), cuja redação original projeta a criação do art. 747-A, § 1º no CPC, restringindo a legitimidade para o procedimento de tomada de decisão apoiada à pessoa com deficiência com impedimento de longo prazo de natureza intelectual ou mental.¹ Trata-se de uma proposição absurda, que desprotegeria uma enormidade de pessoas com deficiências de outras naturezas, e que – se aprovada e sancionada – certamente sofrerá interpretação extensiva para abranger qualquer pessoa com deficiência mediante filtragem constitucional, tendo em vista o *status* de emenda constitucional de que goza a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que não restringe, no seu art. 12, o âmbito protetivo da Tomada de Decisão Apoiada, e o princípio *pro homine*, que veda as interpretação e aplicação que prejudiquem pessoas com deficiência, conforme art. 4º, item 4, da Convenção.²

¹ Na legislação processual projetada, o legislador parece esquecer as pessoas com deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, que se somam às pessoas com deficiência mental e intelectual no rol dos destinatários da medida protetiva com a alteração desejada para o *caput* do art. 1.783-A do Código Civil.

² 4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

2.2 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM PASSIVA*

Também será de acordo com os fatos narrados na petição inicial que se verificará a legitimidade passiva. Na relação jurídica processual em comento, qualquer pessoa natural cuja capacidade e demais requisitos subjetivos legais do apoio sejam afirmados na petição inicial, ainda que implicitamente ao fazer referência ao termo de apoio, possui legitimidade para estar no polo passivo da relação jurídica processual. Serão citados na qualidade de interessados, como dispõe o art. 721 do CPC, e serão ouvidos pessoalmente pelo juiz.

Nada impede, inclusive, que outra pessoa com deficiência seja apoiadora, sendo de todo recomendável que complemente os sentidos faltantes no apoiado ou outra limitação física sua. Assim, por exemplo, se o apoiado for deficiente visual e o objeto do apoio depender desse sentido, o apoiador precisaria ter outra deficiência que não o impeça de enxergar.

Os pretensos apoiadores, se devidamente representados em juízo, podem requerer a homologação do termo de apoio em conjunto com a pessoa com deficiência. Neste caso, será desnecessária a citação. Ainda assim, os pretensos apoiadores serão intimados para serem ouvidos pessoalmente pelo juiz e estarão localizados formalmente no polo passivo, pois serão os devedores dos préstimos ao apoiado.

Farias e Rosenthal (2019, p. 960) entendem que, “por evidente, o juiz não está adstrito à nomeação dos apoiadores indicados na petição inicial, podendo optar por outros, a depender do caso, dê que disponha de fundamentação suficiente.”³ Sem razão. O fato de o juiz possuir, no procedimento de jurisdição voluntária, permissão legal para não observar critério de legalidade estrita e poder adotar a solução que considerar mais conveniente ou oportuna não permite a substituição da vontade da pessoa

³ Os autores não desenvolvem o pensamento, de modo que não sabemos o que significa precisamente “fundamentação suficiente” nessa lição. Nossa crítica parte da literalidade e pressupõe que não houve manifestação do apoiado, pois, desta forma, a opção seria da pessoa com deficiência, e não do juiz.

com deficiência, tampouco que a obrigação seja imposta fora dos termos pactuados. Esse terceiro não terá legitimidade passiva. A posição dos autores viola a autonomia da vontade do apoiado desejada pelas regras estatutárias, desvirtua a natureza facultativa da Tomada de Decisão Apoiada e o princípio dispositivo, indo de encontro à valorização da participação das partes preconizada pelo CPC.

Como a escolha dos apoiadores cabe exclusivamente à pessoa com deficiência, se concluir que o pretense apoiador não preenche os requisitos legais, compete ao magistrado – no melhor interesse da pessoa com deficiência – intimar o apoiado para promover a sua substituição, sob pena de homologação do termo sem o apoiador *ilegítimo* ou do indeferimento do pleito, no caso de ter sido elencado apenas o mínimo legal.

3 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL

O negócio jurídico reduzido a termo cria uma relação jurídica entre credor, pessoa com deficiência e, ao menos, dois devedores, que se comprometem a prestar ordinariamente obrigação de trato sucessivo. As situações de todos eles serão estudadas a partir de agora.

3.1 LEGITIMIDADE ATIVA: O COTEJO ENTRE O OBJETO DO APOIO E A CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De imediato, é preciso esclarecer que julgamos ser a abordagem mais didática partir da delimitação do objeto do apoio para a compreensão da legitimidade ativa para o procedimento de tomada de decisão apoiada, em sua acepção material. Essa relação será analisada doravante, quando veremos que a legitimidade se confunde com a capacidade.

O objeto do apoio merece atenção especial, porque a lei não estabelece seus contornos.

De um lado, há quem defenda larga amplitude do objeto. É o caso de Menezes (2016, p. 47), que ensina:

Ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio.

Para a autora, a pessoa com deficiência sabe da sua necessidade e pode inserir no termo de apoio o que entender que necessite de suporte.

A regra não impede expressamente que seja formalizado em torno de atos negociais banais ou existenciais, mas é praticamente impossível que alguém vá a juízo para homologar termo de apoio para atos economicamente insignificantes. No nosso sentir, além de não ser a *mens legis*, não haverá interesse processual na homologação de acordo desse tipo. Com a devida vênia, demanda com tal objeto deve ter sua petição inicial indeferida; se mais amplo o objeto (situação mais provável), tais cláusulas devem ser excluídas pelo juiz ao julgar a demanda homologatória. Da sentença caberá apelação.

Na outra ponta, encontra-se a doutrina majoritária, segundo a qual o objeto do apoio é restrito. Segundo Lôbo (2019, p. 445), o objetivo da Tomada de Decisão Apoiada é aconselhar, orientar e apoiar “na celebração ou não de negócios jurídicos, de natureza patrimonial”. Nesse sentido, o autor é categórico:

A tomada de decisão apoiada não poderá ter por objeto a realização de atos e negócios jurídicos não patrimoniais (por exemplo, reconhecimento voluntário de filho), porque para estes a pessoa com deficiência não depende de curatela ou apoio. Pode ser útil, por exemplo, para que os apoiadores acompanhem o apoiado na celebração em cartório de notas, de escritura pública de compra e venda de imóveis ou de testamento público. (2019, p. 446).

Nesse diapasão, Rizzardo (2019, p. 969) explicita:

Não se objetiva a representação do deficiente, mas o acompanhamento e o apoio em decisões sobre atos da vida civil, isto é, sobre contratos ou negócios, declarações, assunção de compromissos, decisões e questões que encerram importância econômica ou patrimonial. Em outros atos próprios da subsistência e comuns da vida não se requer a participação dos apoiadores.

Coelho (2016, p. 224) afirma que “a partir do acolhimento do pedido, a pessoa com deficiência contará com a colaboração dos apoiadores nas decisões que precisar tomar relativamente aos negócios jurídicos celebrados no termo de apoio judicialmente homologado.”

Para Tartuce (2019, p. 748), o objeto do apoio é a “celebração de atos mais complexos, caso dos contratos”.

Com precisão, ensina Carvalho (2019, p. 968) que “o apoio somente pode se referir aos ‘atos de natureza patrimonial e negocial’, conforme determina o Estatuto da Pessoa com Deficiência no art. 85, *caput*, não podendo dispor sobre direitos de personalidade.” São atos patrimoniais que podem exigir elementos, informações e reflexão.

Ao se referir à decisão sobre atos da vida civil, a regra do art. 1.783-A, *caput*, do Código Civil não restringe o apoio aos negócios jurídicos. Por isso, podemos afirmar que podem ser objeto do apoio os negócios jurídicos e os atos unilaterais de vontade que atinjam o patrimônio da pessoa com deficiência apoiada de forma significativa.⁴ *A priori*, não vislumbramos problemas em serem objeto de apoio os direitos de personalidades dispostos no art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que encerrem importância econômica, pois a decisão é exclusiva da pessoa com deficiência, que pode valer-se dos elementos e informações prestados pelos apoiadores para maior reflexão sobre o tema, não impactando o apoio de forma alguma no exercício de sua plena capacidade civil.

⁴ Insignificantes economicamente são atos negociais banais, tais como compra de pão, doação ou venda de roupas usadas, compra em mercados, etc. Evidentemente, esses negócios dispensam homologação judicial de apoio.

Diante do exposto, podemos prosseguir.

A partir da vigência da Lei n. 13.146/2015, as pessoas com deficiência passaram a ser tuteladas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Há quem sustente que o regime de capacidade do Código Civil e o regime de capacidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência são distintos, como é o caso de Lôbo (2019, p. 443), que ensina:

A capacidade legal da pessoa com deficiência não se confunde com a capacidade civil, nem com as hipóteses de incapacidades absoluta e relativa, estas especificadas nos arts. 3º e 4º do Código Civil. São duas modalidades de capacidade jurídica que transitam paralelamente, sem se confundirem: a capacidade civil geral, prevista no Código Civil, e a capacidade geral, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência. A pessoa com deficiência não é absolutamente incapaz nem relativamente incapaz. É dotada de capacidade legal irrestrita para atos jurídicos não patrimoniais e de capacidade legal restrita para os atos jurídicos patrimoniais, para os quais fica sujeita a curatela temporária e específica, sem interdição, ou a tomada de decisão apoiada.

Segundo o art. 6º do Estatuto, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Por sua vez, o art. 84, *caput*, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Complementando essa regra, o § 1º do art. 84 estabelece que a pessoa com deficiência será submetida à curatela quando necessário, conforme a lei.

Em razão dessas regras, conclui-se que a pessoa com deficiência nunca será submetida à curatela apenas pela presença de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, mas – como qualquer pessoa – tão somente se comprovado judicialmente o comprometimento de sua manifestação de vontade, nos termos do vigente art. 4º do Código Civil de 2002.

Para a conveniência do presente estudo, é preciso frisar que adotamos a premissa de não separar os regimes de capacidade das pessoas com e sem deficiência. É imprescindível que a terminologia adotada

no estudo seja uniforme para não implicar confusão. De modo geral, a doutrina (especialmente os que serão citados abaixo) mistura os regimes ou terminologias e, nessa linha, o presente estudo parte da premissa de que é possível afirmar que uma pessoa com deficiência possa ser capaz ou relativamente incapaz (aquele que deve ser submetido à curatela).

Sendo assim, questiona-se: a Tomada de Decisão Apoiada é destinada especificamente à pessoa com deficiência que necessita ou para a que não necessita se submeter à curatela? Dito de outro modo, quem possui aptidão para a prática do ato de negociar os termos do apoio, a pessoa com deficiência capaz ou a pessoa com deficiência relativamente incapaz?

Para Marcató (2017, p. 411), o procedimento da decisão apoiada é destinado ao relativamente incapaz. Segundo seu tirocínio, é duvidosa a validade da outorga de poderes ao advogado por pessoa com deficiência sem representação e, por isso, quem deve ajuizar a ação homologatória é a Defensoria Pública ou o Ministério Público, conforme autoriza o art. 79, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Aparentemente Schreiber (2019, p. 971) entende que é destinado ao relativamente incapaz, quando afirma que “a tomada de decisão apoiada surge como uma espécie de instrumento *auxiliar*, em benefício da pessoa com deficiência que já conta com a possibilidade de uma curatela ‘proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso’ (art. 84, § 3º).”⁵ Quem conta com curatela é o relativamente incapaz.

Rizzardo (2019, p. 968) afirma “que a espécie se destina aos relativamente incapazes, que revelam limitações mentais, físicas, intelectuais e sensoriais, abrangendo as psicossociais e as cognitivas.” Ao que parece, ambos citam o *relativamente incapaz* segundo a óptica do regime de capacidade revogado.

⁵ Em outras passagens de sua obra, SCHREIBER afirma que a tomada de decisão apoiada é destinada à pessoa com deficiência capaz, de modo que não sabemos se utiliza nas demais oportunidades em que trata do tema a terminologia clássica para a pessoa com deficiência – como parece usar no trecho citado – ou passa a utilizar a literalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Como dissemos, é necessária a uniformidade no tratamento para evitar confusão.

Em outro sentido, Godinho (2018, p. 354-355) comenta o instituto:

Como já mencionado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 84, § 3.º, faculta à pessoa que possui algum tipo de deficiência a opção pela Tomada de Decisão Apoiada (TDA), desde que, evidentemente, não haja impossibilidade de expressão de vontade. Ou seja: a TDA é uma possibilidade facultada à pessoa com deficiência plenamente capaz. Note-se, portanto, que a opção pela TDA não afeta formalmente a capacidade da pessoa, cujos atos jurídicos independem de assistência. Trata-se de medida protetiva da pessoa capaz, mas que, em razão de alguma limitação ou vulnerabilidade que não interfira em sua manifestação de vontade, opta pelo auxílio de apoiadores para a prática de determinados atos.

Nesse ponto, Godinho (2018, p. 356) é coerente quando afirma que, com agentes capazes, apesar de dever ser sempre intimado, a intervenção do Ministério Público como *custos legis* somente deve ocorrer se a Tomada de Decisão Apoiada tiver como objeto “a prática de atos jurídicos que envolvam direitos indisponíveis, não havendo necessidade de intervenção automática em todos os casos.” Também Schreiber (2019, p. 972) critica a previsão de participação do Ministério Público quando censura o procedimento jurisdicional.⁶

Carvalho (2019, p. 966) ensina que a medida protetiva se trata de “*um apoio*, um auxílio, para a pessoa que possui alguma deficiência, mas capaz para exercer os atos da vida civil sem necessidade de ser curatelado, exercendo a plena autonomia e participando efetivamente nos

⁶ Diz o autor: “A oitiva do Ministério Público, aliás, nem sequer tem cabimento, uma vez que se trata aqui de remédio disponibilizado para pessoa *capaz*. O excessivo controle do juiz tampouco encontra justificativa, à luz dessa plena capacidade do beneficiário. O Estatuto deveria ter ouvido, nesse particular, as críticas que a melhor doutrina italiana faz à sua própria reforma legislativa, especialmente do desnecessário caráter judicial da *amministrazione di sostegno* nos casos em que se trata de mero auxílio.”

seus negócios.” A pessoa com deficiência que pode se valer da Tomada de Decisão Apoiada é capaz e, exatamente por isso, não pode ser submetida à curatela.

Sobre o tema, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, o Enunciado 640, segundo o qual “a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.” À pessoa com deficiência a ser apoiada não se aplica o art. 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim, é errado afirmar que a pessoa que pode ser submetida à curatela tem a alternativa de ser apoiada por duas pessoas, nos termos do Código Civil. Ora, quem necessita de curatela não pode ser apoiada.

Portanto, e considerando que a curatela é medida protetiva extraordinária, a faculdade prevista no art. 84, § 2º, da Lei n. 13.146/2015 se traduz na alternativa de a pessoa com deficiência escolher exercer a sua capacidade de forma isolada (provavelmente com colaboração de terceiros, contratados ou não, quando ficará sujeito ao mau cumprimento das atribuições) ou mediante procedimento de decisão apoiada, isto é, com os elementos e informações fornecidos por apoiadores constituídos de forma solene e judicial, com previsão de prestação de contas, responsabilidade dos apoiadores e fiscalização judicial e ministerial.

Podem ser apoiadas as pessoas com deficiência física, notadamente as com mobilidade reduzida (paraplegia, tetraplegia, doença de Parkinson sem demência, obesidade mórbida, existência de sequelas motoras decorrentes de acidentes traumáticos e vasculares, etc.), pessoas com deficiência visual (cegueira, daltonismo, etc.), com surdo-mudez, gagueira, sinestesia, entre outras. O Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou expressamente o art. 1.780 do Código Civil, que previa a denominada curatela-mandato, especialmente prevista para casos da espécie, reforçando a autonomia da pessoa com deficiência e destinando para tais pessoas o exercício do direito de forma direta, por representação convencional ou mediante procedimento de tomada de decisão apoiada. Ensina Tartuce (2019, p. 748) que a curatela-mandato “não é mais possível, substituída que foi pela tomada de decisão apoiada.”

Nota-se do rol exemplificativo de apoiados que evitamos referências aos impedimentos de longo prazo de natureza mental e intelectual. É em relação a esse grupo de pessoas com deficiência que existe a maior divergência, pois diversos casos podem estar na zona cinzenta entre a capacidade e a incapacidade relativa (necessidade de submissão à curatela). A questão está na presença do discernimento, que é refutada por quem sustenta que simples manifestação de vontade é suficiente para o exercício generalizado dos direitos pelas pessoas com deficiência. Esse entendimento é levado ao extremo na redação original do já citado Projeto de Lei n. 11091/2018, que contém proposta de regra estabelecendo que “será indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade por meio algum.”

Como se nota do art. 4º, IV, do Decreto n. 3.298/1999, a deficiência mental se confunde com a deficiência intelectual. Logo, devemos compreender algumas citações doutrinárias à deficiência mental em sentido amplo, abrangendo a intelectual. Não se confundem, porém, o impedimento de longo prazo de natureza intelectual com o mental, que envolve as doenças do sistema nervoso e os transtornos mental ou comportamental e que *podem* dar ensejo à deficiência intelectual superveniente.

Dias (2017, p. 710) doutrina que é “descabida a tentativa de arrolar, identificar ou definir as limitações ou inaptidões que geram o comprometimento da higidez mental. Perícia médica é que define o grau de incapacidade ou comprometimento a dar ensejo ao decreto judicial da interdição.” A civilista afirma que “o que efetivamente importa saber é se existe causa incapacitante e, caso positivo, em que grau de extensão compromete o exercício dos atos da vida civil, a ponto de impossibilitar a administração dos negócios e a gestão de bens.”

Diniz (2019, p. 185-186) bem assinala que:

Os portadores de deficiência mental adquirida, em razão, p. ex., de moléstia superveniente (p. ex., psicose, mal de Alzheimer), que sofram uma redução na sua capacidade de entendimento, apesar de retirados do rol dos relativamente incapazes, embora possam ser

enquadrados no art. 4º, III, não poderão praticar atos na vida civil sem assistência de curador, cujos poderes serão maiores ou menores conforme a capacidade apurada no processo de interdição.

Capacidade de entendimento nada mais é do que discernimento, que poderá ser apurado no procedimento judicial de tomada de decisão apoiada. Assim, a análise deve ser casuística, averiguando-se o avanço da doença ou transtorno mental psiquiátrico ou neurológico e o grau de comprometimento de discernimento provocado, que pode implicar capacidade prática passível de apoio ou necessidade de submissão à curatela, em menor ou maior extensão.

Por sua vez, em relação à deficiência intelectual, comentando o art. 1.767 do Código Civil, Alexandre Guedes Alcoforado Assunção faz importantes ponderações com base em terminologia oficial ainda utilizada na medicina nacional, *ipsis litteris*:

Merece reflexão a mudança introduzida quanto à plena capacidade das pessoas com transtorno ou deficiência mental. Tomemos como exemplo a situação de pessoas com retardo mental. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) o retardo mental pode ser leve, moderado, grave e profundo, existindo também casos limítrofes. No retardo mental leve a pessoa tem o coeficiente de inteligência (QI) entre 50 e 69, o que corresponde a idade cronológica entre 9 (nove) e 12 (doze) anos. No moderado, o coeficiente de inteligência (QI) varia entre 35 e 49, equivalendo a idade cronológica entre 6 (seis) e 9 (nove) anos. No grave, o coeficiente de inteligência (QI) é entre 20 e 34, o que corresponde a idade cronológica entre 3 (três) e 6 (seis) anos. No retardo profundo, o coeficiente de inteligência é menor que 20 (vinte), o que corresponde a idade de menos de 3 (três) anos. Em todos esses casos a idade mental não corresponde a idade cronológica. Se fôssemos considerar a idade mental todos seriam absolutamente incapazes, posto que têm idade mental menor que 16 (dezesseis) anos. Nos três primeiros casos as pessoas são capazes de exprimir uma vontade, porém com limitação imposta pela sua condição de retardo. (SILVA, 2016, p. 1860)

Com o surgimento e vigor da décima primeira versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11), espera-se que a futura tradução seja mais fiel ao original, substituindo o uso de *retardo mental*, terminologia carregada de estigma social, por *desordem do desenvolvimento intelectual*.

Para fins de Tomada de Decisão Apoiada, tendo em vista a idade mental e os impactos financeiros e complexidade do objeto do apoio, o caso poderá exigir a avaliação biopsicossocial da deficiência, prevista no art. 2º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para investigar a sua experiência de vida e a repercussão da deficiência intelectual na comunicação verbal e não verbal em confronto com o meio em que essa pessoa com deficiência intelectual deverá ser inserida para a prática dos atos negociais e patrimoniais. Essa investigação permite afirmar que exprimir vontade de qualquer forma não presta para a adoção da Tomada de Decisão Apoiada.

Necessário abrir breves parênteses.

É certo que a manifestação de vontade é a força motriz para a realização dos direitos existenciais e desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência. Não por outro motivo o preâmbulo da Convenção de Nova York reconhece “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.” Também é indubitoso que basta uma manifestação de vontade para que possa gozar e utilizar de seus bens.

Como vimos, há quem entenda que os limites do objeto do apoio são lassos, abrangendo até questões existenciais, rotinas domésticas e cuidados pessoais. No nosso sentir, quem defende esse entendimento deve, por coerência, sustentar que basta à pessoa com deficiência manifestar uma vontade para que possa se valer do apoio; ao menos para tais atos sem repercussões patrimoniais relevantes.

Contudo, e retomando, a exigência de simples manifestação de vontade não se verifica em relação aos atos e negócios jurídicos de maior complexidade ou impacto financeiro. Por isso, ensina Tartuce (2019, p.

749) que, “havendo falta de discernimento da pessoa, não é possível a opção pela tomada de decisão apoiada.”

Reforçam o exposto César FIUZA e Roberto Henrique Pôrto NOGUEIRA (2018, p. 28) quando afirmam que é essencial “para que se aplique o instituto da tomada de decisão apoiada que o deficiente seja capaz. Em outras palavras, não pode enquadrar-se na categoria daqueles relativamente incapazes, que não possam exprimir sua vontade, por lhes faltarem ou terem reduzido o discernimento.”

Nas palavras de Gaburri (2016, p. 131), para o procedimento de decisão apoiada “a pessoa deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento.” O seu entendimento é ainda mais restrito. Não podemos deixar de anotar que Gaburri possui o chamado *lugar de fala*, pois – além de profundo estudioso do tema – é uma pessoa com deficiência.

Interessante atentar que a doutrina traz como exemplo de objeto do apoio o testamento público, e o art. 1.860 do Código Civil dispõe que, além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Ou seja, ainda que capaz, sem o necessário discernimento, a pessoa não poderá testar. A despeito das inovações legislativas, há disposição de lei que não foi revogada e reforça a importância do discernimento.

Sobre discernimento e deficiência, lecionou Pereira (2019, p. 230-231) que:

As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito sempre observou estas diferenças e em razão delas *graduava a extensão da incapacidade*, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores

de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável.⁷

Maria Celina Bodin de Moraes, no louvável ofício de atualizar a obra desse clássico civilista, partindo das lições originais sobre as regras das incapacidades, segundo as quais foram criadas “sobre uma razão moralmente elevada, que era a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”, tece pertinentes críticas às regras estatutárias:

Alheio a essa nobre função da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelos *status* de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria que, como exposto, tem necessária fonte legal (por se tratar de questão de ordem pública), o debate oferece grande dificuldade ao intérprete, demandando os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatórios, não se exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos e golpes, supostamente cancelados pela reforma legislativa. (PEREIRA, 2019, p. 230).

Relevante que é, o discernimento é critério utilizado por Godinho (2018, p. 451) ao se posicionar sobre polêmica atinente a direito intertemporal, quando sustenta que a vigência das regras estatutárias não

⁷ Do excerto foi suprimida a nota de atualização sobre a Lei n. 13.146/2015, que diz: “Embora abandonada, com a referida reforma legislativa, semelhante graduação no que tange aos enfermos mentais, o *status* da incapacidade permanece vigente para o déficit de discernimento decorrente da menoridade.”

extingue automaticamente as interdições decretadas com fundamento nas regras revogadas do art. 1.767 do Código Civil, porque “não modifica a realidade fática da permanência de pessoas sem discernimento ou com discernimento reduzido, entre outras situações.” O douto assevera que interpretação e aplicação da lei contrária ao defendido tornariam “ainda mais vulneráveis as pessoas com deficiência que necessitam de curatela”.

Depois das conquistas advindas da Convenção de Nova York e da Lei n. 13.146/2015, muitos estão temerosos de que a revalorização do discernimento possa associar novamente a pessoa com deficiência aos estigmas sociais perversos do passado, com possíveis violações aos objetivos declarados da lei: assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania. É compreensível. Mas é preciso, também, não se fechar para a dialética própria do Direito e, especialmente, para outras compreensões que possam buscar rigorosamente o mesmo desiderato, qual seja, a proteção da pessoa com deficiência (e qualquer outra) que possua déficit relevante de discernimento. Por exemplo, acima vimos as objeções de uma expoente do direito civil constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes, e podemos também analisar outro ponto de vista com a clássica doutrina de Diniz (2019, p. 185-186), que leciona:

Nada obsta a que se inclua, entendemos, o portador de deficiência no rol dos relativamente incapazes, porque isso não afetaria em nada a sua dignidade como ser humano. *Dignidade não é sinônimo de capacidade.* O seu *status personae* e o seu viver com dignidade no seio da comunidade familiar ou social não se relacionam com a sua capacidade mental ou intelectual para exercer direitos, nem com o apoio que vier a receber de apoiadores ou com a transferência de suas decisões, havendo interdição, para um curador, que o assistiria nos atos negociais da vida civil, regendo seu patrimônio, se não puder, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade. Além disso, o art. 84, §§ 1º e 3º, do EPD prescreve que, quando necessário, a pessoa com deficiência deverá ser submetida à curatela, atendendo-se às necessidade e circunstância de cada caso, durando o menor tempo possível, e o Ministério Público tem

legitimidade ativa para promover interdição nos casos de doença mental grave (CPC, art. 748). Tal interpretação sistemática justificaria aquela inclusão. Em respeito à sua *dignidade humana*, dever-se-á, isto sim: facilitar sua cidadania e inclusão social e tratamento terapêutico; aprimorar sua educação; preservar suas faculdades residuais; acatar suas preferências, escolhas, afetividade e crenças; eliminar barreiras e preconceitos; possibilitar sua realização pessoal e vocacional etc.

Defender que as pessoas com deficiência com redução do discernimento não possam utilizar o procedimento de tomada de decisão apoiada e, conseqüentemente, que devam ser submetidas à curatela, nos próprios termos estatutários, objetiva exclusivamente a sua proteção.

Na atual configuração jurídica, talvez seja para a pessoa com deficiência com significativa redução de discernimento mais benéfico ser submetida à curatela do que ter dois apoiadores eventuais, tendo em vista que: (a) a curatela durará o menor tempo possível (Lei n. 13.146/2015, art. 84, § 3º); (b) o juiz deverá nomear como curador quem melhor possa atender aos interesses do curatelado (CPC, art. 755, § 1º); e (c) que o assistente – frise-se – terá as obrigações de buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito (CPC, art. 758) e de prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano (Lei n. 13.146/2015, art. 84, § 5º). Em suma, a curatela pode servir justamente para que o discernimento da pessoa com deficiência seja majorado.

Por mais que o discurso de quem defenda o contrário seja sedutor, o que foi exposto é um dado da realidade que não pode ser negado. De outro modo, sem o pleno entendimento sobre o que está se manifestando, a Tomada de Decisão Apoiada poderá ser transformada em uma disfarçada curatela compartilhada da pessoa com deficiência. Ou pior: o entendimento poderia ser levado ao extremo de permitir que uma pessoa com deficiência com discernimento reduzido possa ter ao menos dois apoiadores com discernimento reduzido.

No nosso sentir, a regra do art. 1.783-A, § 6º, do Código Civil, que trata de ação que visa autorização judicial em caso de existência de divergência entre a pessoa com deficiência e um dos apoiadores em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado é firme indicativo da necessidade de discernimento por parte da pessoa com deficiência. Ora, a norma supõe divergências de vontades de (vamos dizer assim) hierarquia proporcionalmente paritária, sob pena de se tornar letra morta – com decisões tomadas na prática por apoiador com a chancela do Judiciário – e de ferir a razoabilidade, assoberbando de trabalho o Poder Judiciário e o Ministério Público com disputas voluntaristas, talvez constantes. É um cenário propício ao desgaste pessoal e ao desestímulo à participação de apoiadores.

A pessoa com deficiência precisa poder compreender o conteúdo do ato ou negócio a ser celebrado, o impacto no seu patrimônio, os elementos e informações fornecidos pelos apoiadores e, desta maneira, poder manifestar vontade de forma refletida. Aliás, antes disso, a pessoa com deficiência também deve ter iniciativa para negociar os limites⁸ e as demais cláusulas do termo de apoio com potenciais apoiadores, convencendo-os a apoiá-la.⁹ O apoio não é um múnus público, já que decorre de um negócio jurídico, e não de uma imposição legal.

Não é à toa que Antônio Junqueira de Azevedo doutrina que não é qualquer manifestação de vontade que produz o efeito da criação do negócio jurídico, distinguindo a simples manifestação de vontade da

⁸ Esclarece RIZZARDO (2019, p. 969) que “basicamente, discriminam-se os atos em que é necessário o apoio, que são, v. g., os que trazem algum efeito no patrimônio, na vida do deficiente, nos negócios, na disposição de bens, na compra de bens de raiz, nos investimento e aplicações bancárias.”

⁹ Pablo STOLZE (2018) leva esse negócio jurídico prévio em consideração para estabelecer que “pessoas com deficiência e que sejam dotadas de grau de discernimento que permita a indicação dos seus apoiadores, até então sujeitas a uma inafastável interdição e curatela geral, poderão se valer de um instituto menos invasivo em sua esfera existencial.” Nota-se que o autor também valoriza o discernimento.

exigida declaração de vontade,¹⁰ que, “tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé*” (2008, p. 42-43, grifos do autor).

O apoio, com o fornecimento de elementos e informações necessários, incide primordialmente no processo de formação do negócio jurídico: na maturação da ideia, nos atos preparatórios e negociais e previamente à fase decisória, em que ocorrerá a livre e espontânea manifestação de vontade do apoiado para não efetuar acordo ou declarar a vontade para a consecução do negócio jurídico.

Tanto no negócio jurídico quanto no ato jurídico, a decisão é tomada exclusivamente pela pessoa com deficiência apoiada, daí não haver participação dos apoiadores – ou estaríamos diante da assistência. O apoiado é naturalmente capaz e pratica ato sozinho, de modo que os apoiadores estão desincumbidos de praticar ato em nome do apoiado e também de se tornarem, na prática, fiscais da execução dos atos negociais e patrimoniais celebrados com os terceiros. Porém, havendo necessidade e previsão no termo de apoio, pode suceder a colaboração dos apoiadores também nas fases contratual e pós-contratual ou após prática do ato jurídico, sempre para subsidiar novas decisões do apoiado.

Como qualquer pessoa natural, a pessoa com deficiência precisa de livre iniciativa e livre consentimento para formular a sua vontade interna. Sem discernimento suficiente, é difícil que a ideia nasça ou se desenvolva de forma espontânea (sem vício de vontade ou consentimento). Essa ideia (vontade interna) poderá ser externada de forma expressa ou tácita. Sem discernimento suficiente, seria, inclusive, difícil de o apoiado identificar –

¹⁰ “É por causa disso que, já de início, preferíamos, à palavra ‘manifestação’ a expressão ‘declaração de vontade’. A questão pode ser vista como simples problema terminológico, mas não será assim, na medida em que se entender por manifestação de vontade qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos, etc., e, por declaração, tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos, ou seja, a opção por uma ou outra expressão não será simples opção terminológica, na medida em que, como parece ser, a palavra ‘manifestação’ tiver sentido amplo, pouco delimitado, a-técnico, e a expressão ‘declaração de vontade’ tiver o significado preciso de todos aqueles atos (e somente aqueles atos), que são *socialmente reconhecíveis como destinados à produção de efeitos jurídicos*.” (AZEVEDO, 2008, p. 121, grifos do autor).

na criação do negócio jurídico, no cumprimento ou para sua renovação – quando deve agir de forma inequívoca ou praticar ato omissivo.

A exigência de discernimento deve ser graduada pelo juiz de acordo com o impacto no patrimônio do apoiado ou da complexidade do ato jurídico ou negócio jurídico objetos do apoio. Como veremos, esse critério é relevante na solução de conflitos entre apoiado e apoiador. Assim, por exemplo, negócios de menor porte poderiam ser objeto de apoio de pessoas com desordem do desenvolvimento intelectual leve ou levíssima e no estágio leve de doença de Alzheimer, doença crônica e progressiva. São pessoas com deficiência mental ou intelectual que, nos valendo das palavras de Rizzardo (2019, p. 968), preservam “um nível inferior de compreensão, decisão e ação, não havendo, pois, a participação plena e efetiva no convívio humano, como ocorre com as demais pessoas.”

Enquanto na relação jurídica processual, para ter legitimidade ativa, basta ao requerente ser uma pessoa com deficiência, a relação de direito material exige que seja capaz (ou, nos termos estatutários, seja uma pessoa com deficiência que não necessite de curatela). Somente uma pessoa com deficiência capaz pode estar na posição de credora nessa relação jurídica firmada com os apoiadores.

A característica subjetiva analisada pertencerá ao mérito da ação homologatória e será uma questão prejudicial: a depender do ato jurídico ou negócio jurídico, se possuir discernimento suficiente, o pedido da pessoa com deficiência *poderá* ser julgado procedente (penderia análise sobre as cláusulas e os apoiadores); se não possuir discernimento (ou verificada a necessidade de curatela), o pedido *deverá* ser julgado improcedente ou poderá eventualmente ser determinada, a requerimento dos legitimados para a ação de curatela, a instauração de um incidente processual de adaptação do procedimento de tomada de decisão apoiada em processo para definir os termos da curatela, regulado pelo CPC, art. 747 e seguintes.¹¹

¹¹ Na VIII Jornada de Direito Civil, foi editado o Enunciado 639, que dispõe na segunda parte que “a pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.” É o que DIAS (2017, p. 714) e CARVALHO (2019, p. 969) denominam de autocuratela, que não se confunde com

3.2 LEGITIMAÇÃO PÓS-HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE APOIO

A doutrina diverge sobre as atitudes que a pessoa com deficiência apoiada pode tomar de forma isolada em relação aos atos negociais e patrimoniais que estão contidos no termo de apoio. O silêncio da lei certamente contribui para isso.

Para Rizzardo (2019, p. 968) “priva-se de legitimidade para praticar alguns atos da vida civil, devidamente indicados, se não houver o acompanhamento dos apoiadores. Socorre-se de outras pessoas para o exercício de atividade que importem efeitos jurídicos.” Contudo, continua ele, não haveria sanção: “não se anulam os atos se ausentes os apoiadores. Entretanto, sujeitam-se à anulação, se aventada, posteriormente, a incapacidade, o que não acontece se a decisão tivesse sido tomada com apoio em parecer ou acompanhamento dos apoiadores.”

Stolze (2018) ensina que “a participação dos apoiadores integra o revestimento formal da própria declaração de vontade negocial.” Na hipótese de ausência de curador/apoiador, se discutida judicialmente a invalidade do negócio jurídico, Stolze defende “a inversão do ônus da prova em favor da pessoa deficiente, visando a imprimir paridade de armas”, cogitando, “até mesmo, em tese mais arrojada, havendo evidente prejuízo e diante da violação manifesta à cláusula geral de boa-fé, falar-se em ‘nulidade virtual’.”

Também Farias e Rosenvald (2019, p. 959) afirmam que “a tomada de decisão apoiada é um requisito extra, acessório, exigido para que determinadas pessoas pratiquem certos atos” e complementam: “o beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo.”

o pedido de autointerdição previsto no art. 1.768 do Código Civil. No caso de conversão da Tomada de Decisão Apoiada em ação de curatela, essa cláusula deve ser considerada no parecer do Ministério Público (e na impugnação por curador especial, se nomeado) e, embora possa ser afastada de forma fundamentada, deve ser ponderada pelo magistrado na nomeação de curador, provisório ou definitivo, ou para fins de curatela compartilhada. A cláusula é bastante útil em casos de doenças mentais crônicas e progressivas.

O Poder Legislativo trabalha para suprir a lacuna legal nesse sentido, mas tão somente em relação às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, a teor do projetado *caput* do art. 1.783-A do Código Civil. A redação original do multicitado Projeto de Lei n. 11091/2018 prevê que o termo de apoio deverá descrever hipóteses de participação obrigatória dos apoiadores para a validade de ato ou de atos sucessivos e as seguintes regras:

Art. 1.783-A. (*Omissis*).

§ 4º Os negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores.

§ 5º Nos atos abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, a qual é hábil para demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência.

Atualmente, a exigência de contra-assinatura é uma faculdade do terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial, prevista no vigente art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil. Sobre a norma, previu Cassettari (2019, p. 729) que “acabará sendo a regra no caso de deficiência mental, pois os terceiros que negociam com estas pessoas, se não as tiverem enganando, terão receio de que o ato possa ser invalidado futuramente.” Também Schreiber (2019, p. 973) entende que “a exigência de tal contra-assinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio celebrado” e faz um importante alerta:

Tal expediente ameaça converter a tomada de decisão apoiada em uma espécie de nova e disfarçada assistência, quando a finalidade declarada do novo instituto é justamente o auxílio à pessoa com deficiência no fornecimento de “elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (art. 1.783-A, *caput*), não devendo por isso mesmo produzir nenhum efeito em relação a terceiros.

As regras projetadas para um novo art. 749-A, § 2º, II, e para o art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil pretendem instituir hipótese de legitimação para a prática dos atos objeto do apoio com a criação de uma exigência de um incomum assentimento resguardativo de quem não possui interesse jurídico no patrimônio a ser negociado. Apesar de legalmente capaz, a pessoa com deficiência não terá legitimação para a prática do ato. São regras burocráticas que poderão afastar a pessoa com deficiência do instituto, especialmente se prevalecerem para todas as deficiências, considerando que, caso a pessoa não tenha apoiadores, “em virtude da sua plena capacidade dada pelo Estatuto, não será possível exigir assinatura de ninguém, sob pena de discriminação.” (CASSETTARI, 2019, p. 730). Quando conveniente, será mais simples buscar o auxílio informalmente. Na esteira da lição de Schreiber, não há dúvidas de que a exigência de participação obrigatória dos apoiadores travestirá o apoio em curatela compartilhada de pessoa legalmente capaz, com potencial de gerar diversos conflitos.

De lege ferenda, a razão está com Coelho (2016, p. 224), que ensina:

Se uma pessoa apoiada fizer declaração de vontade sem o concurso dos apoiadores, ou de um deles, isto não invalida o negócio jurídico, ainda que ele esteja incluído no termo de apoio judicialmente homologado. Como este mecanismo de assistência familiar não torna o apoiado um incapaz, que passe a necessitar de assistência ou representação legal, a inobservância do termo de apoio judicialmente homologado não afeta a validade e eficácia do negócio jurídico. Aliás, um dos objetivos do EPD foi exatamente eliminar da ordem jurídica todos os traços da odiosa discriminação que as pessoas com deficiência sofriam em razão das restrições legais à sua plena capacidade jurídica. A interpretação teleológica do EPD afasta em definitivo a hipótese de o processo de tomada de decisão apoiada significar qualquer restrição à capacidade da pessoa apoiada.

Nesse sentido, consignava a redação original do Projeto de Lei do Senado n. 757/2015 (convertido no Projeto de Lei n. 11091/2018), que visava inserir o § 12 no art. 1.783-A do Código Civil, dispositivo

que estabeleceria que “os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que sem contra-assinatura.”

A pessoa com deficiência apoiada é capaz, tem discernimento suficiente e pode assumir a responsabilidade por suas escolhas arriscadas. Se se afasta dessas condições, o juiz estará diante da hipótese de incidência do art. 84, § 1º, da Lei n. 13.146/2015, devendo ser curatelada em menor ou maior extensão. Sendo capaz, a prática do ato atermado de forma isolada configuraria renúncia temporária de um benefício de natureza privada acordado com os apoiadores e pontual, incidente na formação de um específico negócio jurídico. Não se confunde com uma dispensa dos apoiadores após terem atuados, que é ineficaz (pois violaria o ato jurídico perfeito) e configuraria disputa a ser solucionada por juiz se o negócio jurídico puder trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado (Código Civil, art. 1.783-A, § 6º).

3.3 LEGITIMIDADE PASSIVA

O Código Civil estabelece que os legitimados passivos são pelo menos duas pessoas idôneas, que mantenham vínculos com a pessoa com deficiência e que gozem de sua confiança. Além do requisito genérico da capacidade do agente, as idoneidade, relação pessoal prévia e contínua e a fidúcia entre apoiadores e apoiado são requisitos subjetivos essenciais para a validade do negócio jurídico e sua homologação judicial.

Como vimos, quando tratamos da legitimidade *ad causam* passiva, nada impede que pessoa com deficiência capaz seja um apoiador e que parte minoritária (talvez isolada) da doutrina entende que o juiz pode homologar termo de apoio com apoiador não escolhido pela pessoa com deficiência.

3.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS E EXCLUSÃO DO LEGITIMADO PASSIVO

Prevalece no procedimento de homologação do termo de apoio a convergência de interesses. Durante a vigência do acordo homologado em juízo, porém, diversas são as situações em que pode haver efetivos

conflitos, desentendimentos e manifestação de vontade pelo encerramento das obrigações assumidas, todas judicialmente apreciáveis.

O Código Civil, art. 1.783-A, § 6º, trata de demanda para dirimir divergência de opiniões entre a pessoa com deficiência e um dos apoiadores em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado. Nesse caso, forma-se uma lide anômala entre as partes do apoio homologado: a pretensão do apoiado de negociar com um terceiro é resistida pelo apoiador (que é terceiro em relação ao negócio). A norma não trata, pois, da hipótese de negociação sem a participação de apoiador, vista no subitem 3.2. Após ouvir o Ministério Público, o juiz deve decidir a questão. Fernando da Fonseca Gajardoni e Rosana Medeiros Veluci Gajardoni (2019, p. 87) explicam a hipótese:

Observe-se que o juiz só será chamado a dirimir a questão se: a) o negócio jurídico que o deficiente pretende celebrar estiver entre as hipóteses em que necessário o apoio (conforme termo apresentado) e puder causar risco (pessoal) ou prejuízo (financeiro) relevante, pois nos casos em que não houver esse elemento (negócios de pequena monta ou que não esteja no termo de apoio) vale a vontade do deficiente (devendo o juízo rejeitar o processamento do pedido de intervenção judicial); e b) se ao menos um dos apoiadores divergir da decisão do deficiente, pois se ambos divergirem – mesmo ciente de que o deficiente é pessoa capaz –, parece que a conclusão do negócio será de alto risco ao terceiro (que poderá, oportunamente, ver a avença anulada pelo Judiciário por conta do vício na emissão da vontade pelo deficiente), pelo que é provável que não haja conclusão do negócio, diante da não aplicação do art. 1.783-A, § 4º, do Código Civil.

Para o casal, o caso possui conflito e “parece incidir na hipótese a regra da causalidade, de modo que o vencido (apoiado ou apoiador) pagará as despesas processuais e os honorários do advogado do adversário, fixados equitativamente conforme art. 85, § 8º, do CPC.”

O Código Civil, art. 1.783-A, § 8º, trata da destituição de apoiador denunciado por atuar com negligência,¹² exercer pressão indevida ou faltar com as obrigações assumidas de forma expressa no termo. A destituição é uma punição por descumprimento de um dever e, por isso, exige exercício do contraditório pelo apoiador tachado de faltoso, conforme arts. 7º e 9º do CPC. Somente após o devido processo legal será possível estabelecer se a denúncia é procedente ou improcedente. Com a mesma premissa apontada pelo casal Gajardoni, esse caso também aparenta ser passível de pagamento de despesas processuais e honorários de sucumbência. Se denunciado pelo apoiado, pode significar a perda da fidúcia ou a deterioração da relação pessoal entre ele e o apoiador, a dar ensejo à aplicação das próximas regras.

O art. 1.783-A, § 10, do Código Civil trata da exclusão do apoiador, a pedido, do processo de tomada de decisão apoiada. A regra estabelece que está condicionada à manifestação do juiz sobre a matéria, que deve analisar a sua prestação de contas – que é restrita aos elementos e às informações prestados, ou não prestados – e eventual responsabilidade. Marcato (2017, p. 412) entende que diante dos pontos de contato “entre esse instituto e a curatela, o juiz poderá negar a exclusão se e quando a manutenção do apoiador for do interesse do apoiado.”

Por sua vez, Rizzardo (2019, p. 971) defende que “o desempenho do cargo submete-se à aceitação da pessoa. Mostra-se inconveniente impor a permanência, se manifestada a vontade de exoneração.” A decisão judicial não pode impor a participação desse requerente na Tomada de Decisão Apoiada contra a sua vontade. Já vimos que o apoio não é um múnus público. No entanto, como o juiz pode adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 723, p.u.), quando nomeados apenas dois apoiadores, o magistrado pode protrair sua eficácia por prazo razoável, de modo a permitir a sua substituição pelo apoiado, para impedir o encerramento do apoio e o prejuízo para a pessoa com deficiência.

¹² Caso não possa mais cumprir as obrigações assumidas, o apoiador deve comunicar a circunstância à pessoa com deficiência, de modo que permita providenciar sua substituição, sob pena de se configurar negligência. Poderá, ainda, requerer judicialmente a sua exclusão, à revelia do apoiado.

O Código Civil, art. 1.783-A, § 9º, aborda o fim do acordo promovido pela pessoa com deficiência. Como quem pode o mais pode o menos, a pessoa apoiada pode encerrar o negócio em relação a um apoiador, com requerimento de sua exclusão. Essa regra será melhor analisada a seguir.

4 EXTINÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA PELO LEGITIMADO ATIVO

Além dos casos vistos acima de não substituição de apoiador quando formalizado com o mínimo legal, o procedimento de tomada de decisão apoiada se encerra com a morte do apoiado, no caso de apoiador e apoiadores optarem por fixar objeto do apoio específico e o fornecimento dos elementos e informações necessários se tornar impossível, na forma das regras gerais de extinção das obrigações, com o fim de seu prazo de validade, que deve ser determinado,¹³ ou por vontade do próprio apoiado, conforme dispõe o Código Civil, art. 1.783-A, § 9º.

Pessoa capaz que é, o apoiado pode a qualquer tempo pôr termo ao negócio jurídico da Tomada de Decisão Apoiada e passar a tomar decisões sobre atos e negócios jurídicos sozinho, com ou sem a colaboração de terceiros. Trata-se de exercício de direito potestativo, devendo o juiz homologar a rescisão do termo de apoio. Nesse caso, se o magistrado perfilhar o entendimento de que relativamente incapaz pode ser apoiado ou de adoção de uma posição muito branda sobre a exigência de discernimento, não há óbice para que, a requerimento de legitimado

¹³ Há quem defenda que o procedimento de tomada de decisão apoiada pode ser firmado por tempo indeterminado, como é o caso de FARIAS e RONSENVALD (2019, p. 961), perfilhando a posição de Maurício Requião. Certo está LÔBO (2019, p. 446) quando afirma que “é incompatível com esse instituto o tempo indeterminado, pois mascaria a antiga interdição permanente.” Dificil sustentar aquele entendimento, porque é *contra legem* – o Código Civil, art. 1.783-A, § 1º, determina que o termo a ser homologado contenha prazo de vigência do acordo – e em diversos casos há significativa alteração do estado da pessoa com o decurso do tempo, notadamente de doenças mentais crônicas e progressivas e algumas comorbidades afins da senilidade, que impede a indeterminação.

para tanto, decida de forma fundamentada pela conversão desse pleito em ação de curatela, com submissão do então apoiado à perícia ou, quando necessária, avaliação biopsicossocial da deficiência, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, nos termos do art. 2º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao final, será certificada a sua capacidade ou a restrição parcial de sua capacidade legal, com nomeação de curador.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência instituiu o procedimento de tomada de decisão apoiada, instrumento para que a pessoa com deficiência possa ter reduzida uma vulnerabilidade e possa exercer sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Estudamos que a Tomada de Decisão Apoiada é medida protetiva destinada às pessoas com deficiências que não necessitam de curatela, que devem negociar previamente as cláusulas do acordo com pelo menos duas pessoas capazes idôneas, que mantenham vínculos com a pessoa com deficiência e que gozem de sua confiança. As vontades das partes desse negócio devem passar pelo crivo judicial, em virtude da exigência de ele ser objeto de ação necessária, mediante procedimento de jurisdição voluntária.

Logo no início dos trabalhos, constatamos que – como a legitimidade *ad causam* ativa é aferida *in status assertionis* – basta a mera qualificação do requerente como pessoa com deficiência na petição inicial para que seja considerada legítima para o ajuizamento da ação homologatória do termo de apoio. Por outro lado, qualquer pessoa capaz pode ser um apoiador e legitimado *ad causam* passivo.

Vimos também a disciplina legal para solução de divergências e conflitos entre eles, todos submetidos ao Judiciário, e as hipóteses de extinção do apoio.

Analisamos o objeto do apoio, apresentando as posições *lassa* e *estrita*, definindo que o procedimento de tomada de decisão apoiada é destinado aos atos negociais e patrimoniais. Em ato contínuo, vimos que a delimitação do objeto de apoio é relevante para a análise da legitimidade, especialmente porque ela se confunde com a capacidade de fato do agente.

Verificamos que a fixação do objeto de apoio é essencial para a análise da legitimidade ativa atinente ao negócio jurídico: se estrito aos atos negociais e patrimoniais, a pessoa com deficiência deve ser apta a declarar vontade; se amplo, envolvendo também direitos existenciais e atos do cotidiano, é possível sustentar a legitimidade de pessoa com deficiência que manifesta vontade de forma simples.

Concluimos que a manifestação de vontade do apoiado deve ser qualificada com o discernimento em maior ou menor grau, de acordo com o impacto no patrimônio do apoiado ou da complexidade do ato jurídico ou negócio jurídico objeto do apoio. A partir daí, será legitimada para figurar na posição de credora na relação jurídica de direito material a pessoa com deficiência capaz (ou que não necessita de submissão à curatela).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 6. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, v. 6.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). **Temas Relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 1, p. 17-32.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito civil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 7, p. 118-133, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/304/286>. Acesso em: 03/05/2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GAJARDONI, Rosana Medeiros Veluci. Tomada de decisão apoiada pelo deficiente (art.1783-A do CC): alguns aspectos processuais. *In*: **Revista IBDFAM: família e sucessões**, n. 32, p. 67-93, mar./abr. 2019.

GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts. 719 a 770): dos procedimentos de jurisdição voluntária. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XIV.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 5.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). *In*: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, p. 31-57, jul.-set./2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>. Acesso em: 01/10/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. 32. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. I.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5538, 30 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68666>. Acesso em: 03/05/2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5.

Fabício do Vale Barretto

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia
Especialista em Direito do Estado pelo JusPODIVM/
Faculdade Baiana de Direito
Advogado

A COBRANÇA DE MENSALIDADES PELAS
UNIVERSIDADES PÚBLICAS: ANÁLISE DO
PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DE ENSINO
NA PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*

Gustavo Siqueira de Melo

**A COBRANÇA DE MENSALIDADES PELAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS:
ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DE ENSINO NA PÓS-
GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU****

***THE MONTHLY FEE COLLECTION BY THE PUBLIC UNIVERSITIES:
ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF FREE EDUCATION IN POSTGRADUATE
STUDIES STRICTO SENSU***

Gustavo Siqueira de Melo

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 SERVIÇO PÚBLICO DE ENSINO. 2.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO. 2.2 FORMAS DE PRESTAÇÃO. 3 PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DO ENSINO PÚBLICO. 3.1 CONCEITO E HISTÓRICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 3.2 APLICAÇÃO EM PORTUGAL. 4 A EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL. 4.1 PÓS-GRADUAÇÃO NO BRASIL. 4.2 A ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE APOIO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 5 A CONVENIÊNCIA DA COBRANÇA PELAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho verifica a possibilidade ou não da cobrança de mensalidades pelas universidades públicas em relação à pós-graduação *stricto sensu*. Para isso, analisa a aplicação do princípio da gratuidade do ensino público em relação aos programas de mestrado e doutorado dessas universidades. Assim, o objetivo geral do trabalho é apresentar à comunidade jurídico-acadêmica a relevância do presente tema diante da atual crise financeira enfrentada pelas Instituições públicas de Ensino Superior. O método de abordagem é o dedutivo, pois se partirá da análise geral dos conceitos de serviço público de ensino e do princípio da gratuidade do

*ARTIGO RECEBIDO EM 09.12.2020 E APROVADO EM 09.11.2021.

ensino público para que se verifique a possibilidade ou não da referida cobrança. Ademais, também é feita uma análise acerca do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Por fim, o artigo ressalta a diferença entre as fontes alternativas de financiamento e a privatização do ensino.

Palavras-chave: Universidades públicas; pós-graduação; cobrança; mensalidades.

ABSTRACT

This work verifies the possibility or not of the monthly charge by public universities in relation to stricto sensu postgraduate courses. For this, it analyzes the application of the public education principle in relation to the master's and doctoral programs of these universities. Thus, the general's work objective is to present the relevance of this theme to the legal-academic community in the face of the current financial crisis faced by public institutions of Higher Education. The approach method is the deductive one, since it will start from the general analysis of the concepts of public teaching service and the free public education principle in order to verify the possibility or not of the said charge. In addition, an analysis is also made of the current understanding of the Supreme Court about this matter. Finally, the article highlights the difference between alternative sources of financing and the education privatization.

Keywords: Public universities; postgraduate studies; collection; monthly fee.

INTRODUÇÃO

Atualmente, diversas discussões são travadas a respeito da gratuidade de ensino pelas universidades públicas. Ainda mais pela propositura da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 395/2014, que previa a possibilidade de as universidades públicas cobrarem mensalidades pelos cursos de pós-graduação *lato sensu*, mas que foi rejeitada pela Câmara dos Deputados.

O próprio posicionamento do Supremo Tribunal Federal também chama a atenção não somente dos estudiosos jurídicos, como também de grupos ligados à economia e aos direitos sociais. Isso porque a referida Corte possuía o entendimento consolidado por meio da Súmula Vinculante nº

12, de que a cobrança de taxa de matrícula nas universidades violaria a Constituição Federal.

Todavia, em abril de 2017, um mês após a rejeição da PEC citada linhas acima, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 597.854, o STF entendeu que a cobrança de mensalidades pelas instituições oficiais de ensino referentes aos cursos de pós-graduação *lato sensu*, isto é, de especialização, não ofende o texto constitucional, razão pela qual julgou pela possibilidade da cobrança.

Nesse sentido, o presente trabalho trata acerca da possibilidade da cobrança de mensalidades pelas universidades públicas em razão do serviço público de ensino, no tocante aos cursos de pós-graduação *stricto sensu*. Para isso, faz-se uma abordagem acerca da necessidade de utilizar a cobrança de mensalidade, em contraposição ao princípio constitucional da gratuidade do ensino público.

Como objetivo geral, o estudo visa contribuir para o conhecimento da comunidade jurídico-acadêmica sobre a relevância e possíveis soluções em relação ao tema em comento, principalmente, diante da atual crise financeira enfrentada pelas universidades públicas. Busca-se também apresentar o conceito de serviço público e suas classificações, tendo como enfoque o ensino, e realizar um comparativo com outros países que optaram por empregar a cobrança de tal serviço nas instituições públicas.

O método de abordagem utilizado no presente artigo será o dedutivo, tendo em vista que se partirá da análise geral dos conceitos do princípio da gratuidade e do serviço público de ensino para que seja alcançado o caso em concreto, que é a possibilidade ou não da cobrança pelas universidades públicas nos cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

Além disso, foram utilizadas como fontes bibliográficas: artigos científicos, doutrina jurídica e pesquisa jurisprudencial. Salienta-se que quanto aos métodos de procedimento foram empregados o estruturalista e comparativo.

Dessa forma, o presente artigo científico possui enorme relevância para os estudiosos das áreas da Sociologia, Filosofia, Ciências Políticas, Economia e Direito, bem como para todos os cidadãos, em especial os

estudantes dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*. Isso porque o que está em jogo é o direito fundamental à educação de qualidade, em consonância à Constituição Federal.

2 SERVIÇO PÚBLICO DE ENSINO

Quando se fala em princípio da gratuidade de ensino nas instituições oficiais é impossível não associar ao termo serviço público de ensino. Ocorre que para que se possa chegar a sua conceituação é de suma importância que antes seja conceituada a expressão serviço público em sentido amplo.

Desse modo, o presente tópico terá como objetivo apresentar ao leitor o conceito de serviço público, suas classificações e, principalmente, de que forma o serviço de educação é prestado no Brasil, seja em relação à rede pública ou à rede privada.

2.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Serviço público não é um termo de fácil definição. Na doutrina são encontrados vários posicionamentos diferentes e conceitos relativos à referida expressão, visto que sua noção sofreu inúmeras mudanças ao longo da história.

Os primeiros estudos acerca do tema serviços públicos surgiram na França, mais especificamente na Escola do Serviço Público, tendo como precursor Leon Duguit. Segundo ele, o serviço público teria um sentido amplo, de modo a abarcar todas as atividades desempenhadas pelo Estado (MELLO, 2015).

O mencionado jurista francês defendia que o Direito Administrativo teria como principal objetivo o estudo relacionado aos serviços públicos. Isso significa que esses serviços seriam todos aqueles prestados pelo Estado aos administrados, com a finalidade de atender a todas as necessidades coletivas.

Apesar das mudanças ocasionadas pelas influências de parte da doutrina mais moderna, alguns doutrinadores brasileiros ainda defendem a definição do conceito no sentido mais amplo. É o caso de Hely Lopes

Meirelles, segundo o qual, serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. (MEIRELLES, 2011, p. 374)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) também coaduna do mesmo entendimento. Para a autora, a adoção do sentido mais amplo é de fundamental importância para distinguir o serviço público propriamente dito, de outras atividades administrativas de natureza pública, como por exemplo, fomento, polícia e intervenção.

E é justamente por essa razão que a referida jurista conceitua serviço público como sendo “toda atividade material que a lei atribuiu ao Estado para que exerça diretamente ou por meios de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”. (DI PIETRO, 2015, p. 141)

Ocorre que como alhures mencionado, os estudos acerca da matéria dos serviços públicos sofreram grandes influências por parte da doutrina mais moderna. Por esse motivo, alguns juristas passaram a adotar uma definição no sentido mais restrito, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. (MELLO, 2015, p. 695)

Nesse sentido, de acordo com o mencionado conceito, somente seriam considerados serviços públicos aqueles utilizados pelos administrados de forma direta e individual, tais como os serviços de água, de transportes, telecomunicações, energia elétrica e educação. Entretanto, outras espécies de serviços são fornecidas à sociedade de forma indireta e ainda assim são

considerados serviços públicos, como por exemplo, trabalhos de pesquisa científica e serviços diplomáticos.

No Brasil, a doutrina majoritária adota o conceito amplo de serviços públicos, a fim de abarcar aqueles usufruídos direta e indiretamente pelos administrados. Em outras palavras, utilizando-se de uma das classificações de serviços públicos, o conceito amplo abarca os serviços *uti universi*, prestados a toda a coletividade, sem a identificação do usuário e custeado por impostos, como também os *uti singuli*, fornecidos a determinados usuários, com a identificação destes e custeados por meio de taxas ou tarifas.

Além disso, ao conceituar serviço público é de fundamental importância apresentar seus três elementos, quais sejam: elemento subjetivo, isto é, quem presta o serviço, no caso o Estado, direta ou indiretamente; substrato material, atividades necessárias a garantir o interesse da coletividade; e substrato formal, caracterizado pela prestação do serviço sob o regime jurídico público (CARVALHO, 2017).

Dessa forma, é possível concluir que o ensino público se enquadra no conceito de serviço público, visto que é fornecido pelo Estado a toda a coletividade, já que se trata de um direito de todos, conforme o art. 205, caput, da Constituição Federal.

2.2 FORMAS DE PRESTAÇÃO

No tópico anterior restou demonstrado que o ensino se trata de um serviço público, o qual é de incumbência da Administração Pública prestar a todos os administrados. Ocorre que os serviços públicos são prestados de diferentes formas.

Regra geral, os referidos serviços são prestados pelo Estado, tendo em vista sua incumbência constitucional. Dessa forma, a prestação ocorre diretamente por meio dos entes que compõem a Administração Pública Direta, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Contudo, com o escopo de buscar uma maior eficiência na prestação, muitas vezes o Estado transfere essa prestação para a Administração Pública Indireta, formada pelas autarquias, fundações

públicas e empresas estatais, como também permite que determinados serviços sejam fornecidos por particulares.

Tal ato corresponde à descentralização do serviço público, a qual ocorre mediante outorga, na qual titularidade e a execução de certos serviços são transferidas para pessoas jurídicas de direito público, como também por meio de delegação, em que somente se transfere a execução, de modo que a titularidade permanece com o Estado. Salienta-se ainda que no caso da delegação a execução pode ficar sob a responsabilidade de pessoas jurídicas de direito público e de particulares (DI PIETRO, 2015).

Entretanto, nem todos os serviços públicos são passíveis de delegação. De acordo com Carvalho (2017), em determinadas situações o Estado possui o dever de prestar as atividades diretamente, de modo que os serviços públicos podem ser classificados em quatro espécies, quais sejam: exclusivos não delegáveis, exclusivos e delegáveis, de delegação obrigatória e, serviços não exclusivos.

Quanto aos primeiros, o referido doutrinador entende que são aqueles que podem ser prestados somente pelo Estado, sendo impossível sua transferência a particulares. A Constituição Federal em seu art. 21, X, prevê expressamente exemplos de tais serviços, que são o postal e correio aéreo nacional.

Já os exclusivos e delegáveis são serviços que o Estado deve necessariamente prestar, de modo que pode ser de forma direta ou por meio de delegação a particulares. Como exemplos podem ser citados os serviços públicos de energia elétrica e transporte público, dispostos no art. 21, incisos XI e XII, da Carta Magna.

Os serviços públicos de delegação obrigatória devem ser prestados pelo Estado e, obrigatoriamente, ser delegados a particulares. Em relação à última categoria, os serviços não exclusivos são aqueles em que a Administração Pública possui o dever de prestar, mas também podem ser fornecidos aos particulares sem necessidade de delegação. A exemplo de tais serviços podem ser citados os de saúde, previdência e educação.

Sendo assim, o ensino se trata de um serviço público, pois a educação é um direito fundamental que cabe ao Estado fornecer a toda a coletividade, de forma direta ou por meio de particulares. Todavia, o presente trabalho terá como objeto o estudo do serviço público de ensino, isto é, aquele prestado diretamente pela Administração Pública mediante regime jurídico de direito público, com o escopo de atender às necessidades dos administrados.

3 PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DO ENSINO PÚBLICO

A educação pública e gratuita no Brasil decorre do princípio constitucional da gratuidade do ensino público. Ocorre que ao longo da história brasileira o referido princípio foi tratado de formas variadas, tendo em vista os aspectos políticos, econômicos e sociais de cada época.

Nesse sentido, o presente tópico irá apresentar ao leitor não somente o conceito do princípio da gratuidade de ensino, mas também a forma que ele foi tratado nas Constituições brasileiras. Além disso, buscar-se-á tecer um estudo comparado com Portugal, país no qual o princípio em comento foi abordado de forma distinta, de acordo com a realidade enfrentada pelas universidades públicas em ambos os países.

3.1 CONCEITO E HISTÓRICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Conceituar o termo princípio se trata de uma tarefa bastante árdua, pois tal expressão possui inúmeros significados e sentidos. Dentre esses, o mais comum é sempre remeter princípio a ideia de início, de começo. Todavia, em um contexto jurídico, tal expressão nada tem a ver com esse sentido, já que na verdade ela significa o núcleo de um sistema.

É bastante comum que muitos confundam princípio com a ideia de norma, mas uma coisa não é a mesma que a outra, malgrado estejam estritamente ligados. Desse modo, de acordo com José Afonso da Silva, normas se tratam de:

[...] preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar

certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. (SILVA, 2014, p. 93)

Ainda de acordo com o ilustre constitucionalista pátrio, princípios, na verdade, são ordenações que abarcam todos os sistemas de normas, tendo sempre como base, valores e bens constitucionais. Ademais, segundo Canotilho (1998), eles começam sendo a base das normas-jurídicas e se transformam em normas-princípios, de modo que constituem preceitos básicos de todo um ordenamento.

Merece destaque a célebre lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual esclarece que princípio:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2015, p. 54)

Nesse sentido, dentre os vários princípios constitucionais que servem de alicerce para todo o ordenamento jurídico pátrio está o da gratuidade do ensino público. O art. 206, inciso IV, da Constituição Federal, dispõe que o ensino será ministrado tendo como base a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais.

A intenção do constituinte ao prever de forma expressa tal princípio foi a de que cabe à sociedade arcar com o ensino público gratuito. Dessa forma, os gastos relativos à educação e ao ensino são pagos por meio dos valores recolhidos pela cobrança de tributos.

Aliás, quanto a esse ponto, é de suma importância salientar que existe uma grande diferença entre ensino e educação. Entende-se que ensino se trata de uma atividade realizada por docentes para transmissão de conhecimento e, conseqüentemente, formação qualificada dos discentes, que ocorre tanto em instituições públicas como em privadas, de maneira institucionalizada.

Já educação compreende um conceito bem mais amplo. Tal expressão significa um procedimento de transmissão de ideias, de valores culturais e de conhecimento, de forma não necessariamente institucionalizada, tendo como principal objetivo a formação da pessoa como cidadão e para o mercado de trabalho (TRÓCCOLI JUNIOR, 2014).

O princípio da gratuidade de ensino não se trata de algo inovador trazido pela Constituição Federal de 1988. Ao contrário, em todas as demais Constituições brasileiras o referido princípio esteve presente, mas na atual, ele foi tratado de forma especial.

De acordo com Castro (1998), em todas as outras Cartas Políticas o ensino gratuito compreendia somente o chamado, à época, ensino primário ministrado nas escolas públicas. A própria Constituição de 1937, segundo Chrispino (2005), previa a possibilidade de contribuições a uma caixa escolar destinada à manutenção das escolas, salvo nos casos em que o contribuinte demonstrava sua hipossuficiência.

As Cartas de 1824, 1891 e 1934, por sua vez, nada estabeleceram em relação à gratuidade nos níveis de ensino posteriores ao primário, o que, conseqüentemente, acabou por permitir a cobrança no nível superior. Já a Constituição de 1937 apresentou a tendência de instituir a gratuidade a todos os níveis, com o escopo de torná-los mais acessíveis.

Proposta bastante distinta de todas as outras foi a estabelecida nas Cartas de 1946 e 1967, que previam a gratuidade obrigatória para o ensino primário. Contudo, em relação aos demais níveis, para que o estudante pudesse fazer jus a tal benefício, era necessária a comprovação de insuficiência econômica, além de determinado rendimento do aluno.

A propósito, em relação à Constituição Federal de 1946, merece destaque o parecer de Abgar Renault, o qual fazia parte do antigo Conselho Federal de Educação:

[...] se o preceito constitucional estabelece que ‘o ensino oficial ulterior ao primário será gratuito para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos’, estabelece também, *ipso facto*, que não o será para quantos não

possam provar tal insuficiência ou falta, isto é, para aqueles que estejam em condições de custear os seus estudos. Por outros termos: determinando que o princípio da gratuidade está ligado, numa relação de causa a efeito, à falta ou insuficiência de recursos, o preceito constitucional prescreve, de modo indireto, *a contrario sensu*, que não têm direito a gratuidade aqueles que disponham de recursos para pagar seus estudos. (BRASIL, 1963, apud OLIVEIRA, 2016, p. 116)

Quanto à atual Constituição Federal, conforme informado linhas acima, ela prevê que o ensino ministrado em instituições oficiais será gratuito. Todavia, em seu art. 208, existe previsão de que somente os ensinos básico, sendo este obrigatório, e o médio, com progressiva universalização, serão gratuitos. Sendo assim, nada está previsto em relação à gratuidade no ensino superior.

A própria Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, também chamada de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), trata do princípio da gratuidade de ensino. Ocorre que todas as suas previsões estão relacionadas à educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), de modo que nada prevê em relação à educação superior, assim como a Constituição.

Merece destaque também o disposto no art. 242, caput, da Constituição Federal, o qual prevê que “o princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos”.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.854, que deu origem à tese de que é permitida a cobrança da pós-graduação *lato sensu* pelas universidades públicas, afirmou que a própria Constituição Federal, ao se referir ao ensino, prevê que ele será gratuito para crianças de 2 a 17 anos. Além disso, afirmou que em outros dispositivos ela menciona atividade de ensino, de extensão e de pesquisa. Portanto, se igual fosse, não haveria necessidade de diferenciação no texto constitucional (BRASIL, 2017).

O mesmo posicionamento foi defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso durante esse julgamento, mas de uma forma bastante detalhada. O julgador concluiu que a pós-graduação é caracterizada como toda atividade de extensão posterior à graduação, incluindo-se grupos de pesquisa, aulas, produção acadêmica e estágios docentes, ainda que se refira aos programas *stricto sensu* acadêmicos.

Dessa forma, de acordo com o referido ministro, somente o ensino fundamental, médio e superior da graduação formariam o núcleo essencial do princípio da gratuidade do ensino público, previsto no art. 206, inciso IV, da Constituição Federal.

Portanto, malgrado existam inúmeras discussões a respeito da aplicação ou não do princípio da gratuidade, o fato é que em relação aos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, a possibilidade de sua cobrança pelas universidades públicas aparenta ser algo perfeitamente possível.

3.2 APLICAÇÃO EM PORTUGAL

Diferentemente do que ocorre no Brasil, os estudantes de outros países que cursam instituições de ensino superior pagam mensalidades ou um determinado valor anual. Dentre esses países está Portugal, onde os estudantes pagam a chamada “propina” (CALDERÓN; FERREIRA, 2012).

Ocorre que para que seja realizado um estudo comparativo entre os dois países, tratando-se de Brasil e Portugal no caso, é necessária que seja feita uma distinção sobre as Instituições de Ensino Superior (IES) em cada país.

Nesse sentido, no Brasil as IES são classificadas de acordo com a sua natureza jurídica, isto é, se são instituições públicas ou privadas. As primeiras, entidades que compõem a administração pública, são criadas, mantidas e organizadas pelo poder público, enquanto que as segundas, são criadas por particulares, seja pessoa física ou jurídica de direito privado, responsáveis por manter e administrá-las (BRASIL, 2006).

Portugal, por sua vez, possui um sistema de ensino superior bastante parecido com o brasileiro, seja ele público ou privado. Quanto ao primeiro, ele é formado por instituições estatais, bem como por fundações

instituídas pelo Estado. Já o segundo é composto por instituições mantidas e administradas por empresas privadas ou por cooperativas (PORTUGAL, 2007).

Dessa forma, conforme mencionado linhas acima, em Portugal os alunos pagam mensalidades para que possam cursar as IES públicas. A razão para que seja instituída a propina se deve ao fato de que o ensino superior português enfrenta graves problemas relacionados ao binômio necessidade X possibilidade, já que os gastos que as despesas das instituições públicas superam bastante sua disponibilidade monetária (CABRITO, 2004).

Além disso, Calderón e Ferreira (2012) esclarecem que a principal causa de procura pelas IES públicas pelos jovens portugueses é o alto valor das mensalidades nas instituições privadas. Sendo assim, o valor simbólico da propina é um dos fatores que faz com Portugal esteja vivenciando uma redução do número de matrículas nas universidades privadas, em detrimento de certo aumento nas públicas.

Logo, devido à crise que as instituições de ensino superior portuguesas vêm enfrentando, a diversificação das fontes de financiamento surge como uma solução final (ponto que será abordado no tópico 5). Entretanto, apesar de todas essas diferenças, Portugal e Brasil apresentam certas semelhanças.

A própria Constituição Federal portuguesa (PORTUGAL, 1976), assim como a brasileira, prevê que o ensino básico será universal, obrigatório e gratuito, além de que a gratuidade deverá ser estabelecida em todos os graus de ensino de forma progressiva. Para facilitar o entendimento do leitor, segue abaixo o respectivo dispositivo:

Artigo 74.º Ensino

1. Todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar.
2. Na realização da política de ensino incumbe ao Estado:
 - a) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;
 - b) Criar um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar;
 - c) Garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo;

- d) Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;
- e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino;
- f) Inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das actividades económicas, sociais e culturais;
- g) Promover e apoiar o acesso dos cidadãos portadores de deficiência ao ensino e apoiar o ensino especial, quando necessário;
- h) Proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação e da igualdade de oportunidades;
- i) Assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa;
- j) Assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para efectivação do direito ao ensino.

Portanto, no referido país europeu, malgrado sua Carta Política disponha acerca da gratuidade de ensino público em todos os níveis, optou-se por realizar a cobrança no ensino público superior a fim de garantir a manutenção das universidades. Sobre isso, leciona Miranda (2012, p. 395):

O contraste entre o ensino básico e os diversos graus de ensino entremostra-se não menos flagrante. Aquele é tornado universal e obrigatório e, por isso, pode e deve ser gratuito, pelo menos nas escolas públicas: porque beneficia toda a comunidade, esta deve suportar integralmente o seu custo. De diverso modo, o ensino superior, visto que não é universal, tem uma gratuidade a ser conseguida progressivamente e moldável em razão das condições económicas e sociais: ele deve ser gratuito, quando as condições dos alunos o reclamem, porque senão frustrar-se-ia o acesso dos que tivessem capacidade; não tem de ser gratuito, quando as condições dos alunos o dispensem.

Dessa forma, tanto no Brasil quanto em Portugal o princípio da gratuidade do ensino público é aplicado. Ocorre que em relação ao país europeu, tratando-se de educação superior, tal princípio não é absoluto, mas aplicado de acordo com as condições econômico-sociais de cada estudante. Sendo assim, em tempos de enorme dificuldade para as universidades públicas, a aplicação de uma medida como a adotada no país lusitano começa a ganhar grande repercussão na sociedade brasileira.

4 A EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

Após conceituar e apresentar a forma como é aplicado no Brasil o princípio da gratuidade do ensino público, torna-se necessário que seja apresentado ao leitor a composição da educação superior.

Dessa forma, o presente tópico irá tratar acerca da evolução da pós-graduação no Brasil, apresentando suas classificações, bem como sobre a atuação das entidades de apoio junto às universidades públicas.

4.1 PÓS-GRADUAÇÃO NO BRASIL

Inicialmente, torna-se imperioso informar o que se compreende por educação superior. Nesse sentido, a LDB em seu art. 44 prevê que tal modalidade de educação abrange cursos sequenciais por campo de saber, graduação, pós-graduação e extensão. Ocorre que em relação à pós-graduação, a referida lei distingue a *stricto sensu*, objeto de estudo do presente artigo, da *lato sensu*.

Desse modo, a primeira espécie de pós-graduação é formada pelos programas de mestrado e doutorado, enquanto que a segunda compreende os cursos de especialização. Logo, quando se fala em princípio da gratuidade do ensino público na pós-graduação *stricto sensu*, significa dizer que se discute acerca do pagamento ou não de mensalidades pelos estudantes que cursam os programas de mestrado e doutorado das universidades públicas.

A pós-graduação no Brasil se trata de algo bastante recente, comparada com outros países. Segundo Brock e Schwartzman (2005), esse ramo da educação superior teve início após a Segunda Guerra Mundial, visto que o país vivenciou uma rápida modernização, acompanhada de um

grande crescimento urbano e econômico. Em resposta, o governo federal investiu na criação de uma rede de universidades federais com o objetivo de criar ao menos uma por estado.

No início, de acordo Balbachevsky (2005), as universidades brasileiras adotaram o modelo europeu das cátedras, onde um único professor responde por todas as atividades relacionadas à sua disciplina. Contudo, o grande avanço na qualidade do ensino dos programas de pós-graduação ofertados pelas universidades públicas ocorreu no início da década de 1970.

Tal mudança ocorre em razão do desenvolvimento científico e tecnológico que o Brasil vivenciou durante o referido período. Além disso, o próprio governo brasileiro, pela primeira vez, resolveu unir o desenvolvimento científico de forma estratégica com o desenvolvimento econômico do país.

Nas próprias universidades públicas houve uma grande mudança no que se refere ao ensino e à gestão. O modelo europeu das cátedras deu lugar a um novo modelo baseado em departamentos acadêmicos, tendo como referência as universidades americanas onde ele havia sido implantado.

De acordo com a referida autora, nesse modelo além de a menor unidade de ensino ser o departamento acadêmico, as decisões são tomadas por um colegiado de professores que também é responsável pelo ensino, pesquisa e atividades de extensão, em vez do modelo europeu, no qual um único professor responde por todas essas atividades (BALBACHEVSKY, 2005).

Para demonstrar o quão célere foi a evolução dos programas de pós-graduação no Brasil, de acordo com levantamento realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal e Ensino Superior (CAPES/MEC), em 1996 existiam 67.820 alunos de pós-graduação no país, de modo que dentre esses 45.622 eram mestrandos e 22.198 doutorandos (BALBACHEVSKY, 2005).

Já ao ano de 2003, o número de estudantes de mestrado acadêmico era de 66.959, de mestrado profissional era de 5.065 e de doutorado 40.123,

totalizando, assim, 112.237 estudantes de pós-graduação *stricto sensu*. Ou seja, em apenas sete anos o número de estudantes quase duplicou.

Em 2015, segundo dados fornecidos pelo GEOCAPES, o Brasil possuía 325.230 estudantes de pós-graduação, dentre os quais 167.968 se tratavam de mestrado acadêmico, 36.272 de mestrado profissionalizante e 120.990 de doutorados. Logo, é evidente que a pós-graduação *stricto sensu* no país se desenvolveu de forma bastante célere (GEOCAPES, 2016).

4.2 A ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE APOIO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Como demonstrado, os programas de pós-graduação das universidades brasileiras apresentaram uma grande e rápida evolução ao longo dos últimos cinquenta anos. Acontece que além da atuação do governo brasileiro e da reforma de ensino da década de 1960, as entidades de apoio, também chamadas de agências de fomento, tiveram papel decisivo para todas essas mudanças.

Essas agências, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de associação, fundação ou cooperativa, com o escopo de prestar serviços sociais que não sejam exclusivos do Estado. Além disso, elas mantêm um vínculo jurídico com a Administração Pública sob a forma de convênio.

Em meados da década de 1970, apesar da grande expansão econômica, os empresários brasileiros tinham receio de investir no desenvolvimento tecnológico, em razão do cenário doméstico nacional (BALBACHEVSKY, 2005). Dessa forma, essas agências passaram a incentivar e investir em pesquisas como forma de apoio às universidades públicas.

Para isso, elas criaram uma linha própria de auxílio aos pesquisadores, na qual estavam inclusos, por exemplo, despesas com infraestrutura e contratação de pessoal, além de que se fugia da burocracia existente nas universidades públicas. Contudo, esse cenário fez com que as instituições de ensino pouco se beneficiassem.

Essas fundações oferecem cursos, inclusive de pós-graduação, usam os espaços físicos das universidades, técnicos especializados e, principalmente, os próprios professores. Todavia, deve-se salientar a grande importância destas entidades para as IES, tendo em vista a escassez de recursos públicos. E é justamente por isso que alguns setores das universidades públicas são obrigados a criar serviços para captação de recursos (GRANZOTO, 2015).

Em virtude dessa realidade foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 395/2014, que previa a possibilidade de as universidades públicas cobrarem mensalidades dos estudantes dos cursos de pós-graduação *lato sensu*.

De acordo com o autor da proposta, o fundamento para alterar o texto constitucional seria que tais atividades se destinam a um público restrito, formado por profissionais e empregados de grandes empresas.

Sendo assim, com a cobrança das mensalidades o dinheiro seria revertido para as próprias instituições de ensino. Todavia, em março de 2017 a PEC, por muito pouco, foi rejeitada pela maioria dos membros da Câmara dos Deputados, já que dos 308 votos para ser aprovada, recebeu 304 (BRASIL, 2014).

Ocorre que o mais interessante é que logo após a rejeição da referida Proposta de Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as universidades públicas poderiam, sim, realizar cobranças em razão dos cursos de pós-graduação *lato sensu*, conforme decidido no julgamento do RE nº 597.854.

O recurso interposto pela Universidade Federal de Goiás tinha como objetivo a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual considerou inconstitucional a cobrança de mensalidade para a realização de curso de especialização em Direito Constitucional.

O STF entendeu que o princípio constitucional da gratuidade do ensino público não impede a cobrança pelas universidades públicas de mensalidades em cursos de especialização. Isso porque o conceito de “manutenção e desenvolvimento de ensino”, previsto no caput do art. 212

da Constituição Federal, não abarca a pós-graduação, visto que ela está relacionada com a pesquisa e extensão.

A propósito, deve-se salientar que o posicionamento da referida corte foi bastante surpreendedor, já que havia entendimento sedimentado por meio da Súmula Vinculante nº 12 que “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, inciso IV, da Constituição Federal”. Porém, conforme anteriormente mencionado, essa súmula tem aplicação restrita aos cursos de ensino fornecidos pelas IES públicas.

Nesse diapasão, com a referida decisão, por 9 votos a 1, foi firmado o entendimento que “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidades em curso de especialização” (BRASIL, 2017). Desse modo, muito provavelmente o cenário vivenciado dentro das universidades públicas irá mudar, tendo em vista que agora com a permissão da cobrança de mensalidades, as entidades de apoio talvez percam poder dentro das instituições de ensino.

Com isso, as verbas que antes eram arrecadadas por essas agências e destinadas à complementação salarial dos professores serão destinadas às próprias universidades públicas que, assim, poderão melhor investir em pesquisa e ofertar bolsas de estudos para os estudantes que delas necessitam.

5 A CONVENIÊNCIA DA COBRANÇA PELAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

A situação de crise vivenciada pelas universidades públicas brasileiras está a cada dia mais difícil. Frequentemente, tem-se conhecimento de greves em virtude dos baixos salários dos professores, corte de bolsas de estudo ou de pesquisa, falta de material para laboratórios, etc.

Recentemente, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro estava ameaçando fechar as portas porque o seu orçamento não era suficiente para cobrir todas as despesas necessárias com o funcionamento. Já a Universidade Federal do Rio de Janeiro foi obrigada a funcionar com verba até setembro de 2017, razão pela qual o fornecimento de energia elétrica em alguns prédios da instituição foi cessado (VEJA..., 2017).

A Constituição Federal prevê em seu art. 212, caput, que a União deverá aplicar anualmente na manutenção e desenvolvimento do ensino no mínimo 18% do que arrecadar com impostos, enquanto que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar ao menos 25%. A princípio, tendo em vista os altos valores que são anualmente recolhidos pela tributação, leva-se a crer que a referida quantia é mais do que suficiente para o ensino público.

Contudo, conforme estudo publicado pelo GEOCAPES, as despesas com bolsas para os estudantes dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* das universidades públicas em 2015 perfizeram o total de R\$ 5,3 bilhões (GEOCAPES, 2016). A isso, somem-se as despesas com os salários e aposentadorias dos servidores, estudantes de outros cursos, contratos licitatórios, etc.

Em outras palavras, isso significa dizer que em relação à distribuição de recursos orçamentários, as universidades públicas são extremamente carentes, conforme demonstrado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 500.171 (BRASIL, 2008).

A sociedade brasileira, diante de um novo cenário econômico a nível mundial, procura uma melhor qualificação para o mercado de trabalho. Todavia, para que o ensino superior seja capaz de atender às demandas que essa nova realidade exige é necessário que o sistema de pós-graduação seja reformulado.

Isso porque o formato do atual sistema é fortemente marcado pela grande dependência dos subsídios estatais, bem como visa, exclusivamente, uma orientação acadêmica, sem considerar qualquer outro apoio que não venha do poder público (BALBACHEVSKY, 2005). O Ministro Alexandre de Moraes, durante o julgamento do RE nº 597.854, citou um grande exemplo desse sistema burocrático e defasado (BRASIL, 2017).

O caso ocorreu na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), na qual um ex-diretor e dois ex-alunos fizeram um acordo, após procedimento licitatório, em que esses doariam quantias vultosas para a construção de dois auditórios modernos, de modo que em troca, apenas teriam uma placa com seus nomes.

Contudo, após fortes manifestações que culminou na propositura de uma ação popular, as placas foram retiradas e os doadores condenados ao pagamento de multa. Acontece que tal cenário acaba por prejudicar principalmente os estudantes mais pobres, que são aqueles mais necessitados.

Vive-se no ensino superior brasileiro uma verdadeira esquizofrenia institucional. Os alunos mais ricos, que sempre estudaram nas melhores escolas particulares, disputam vagas nas instituições públicas. Já os alunos mais carentes, oriundos das escolas públicas, procuram vagas em instituições particulares e, aqueles que não têm condições de pagar, deixam de estudar. Assim, a ideia de que as universidades públicas são destinadas aos mais pobres é extremamente equivocada.

Dessa forma, para que a crise no ensino público superior e essa inversão institucional pudessem ser contornadas seria necessário que o Brasil iniciasse a procura por fontes alternativas de financiamento, assim como já acontecem em outros países, a exemplo de Portugal, conforme demonstrado no tópico 3.2.

De acordo com Adolfo Calderón e António Ferreira, essa procura pode ser compreendida como a busca por:

[...] novas receitas que fariam parte do financiamento das universidades, além daqueles recursos repassados pelo governo, podendo-se incluir as cobranças de mensalidades dos alunos e outras atividades geradoras de recursos, principalmente a prestação de serviços e o oferecimento de produtos para o atendimento da demanda do mercado, como cursos de educação continuada, pesquisas aplicadas e serviços de assessoria e consultoria para empresas e indústrias. (CALDERÓN; FERREIRA, 2012, p. 574)

Nesse sentido, essas fontes de financiamento surgem para os governos liberais como a principal solução para os problemas enfrentados pelas IES públicas (CABRITO, 2004). Significa que as universidades públicas poderão procurar fundos além dos estatais, como, por exemplo, a

aceitação de doações, a prestação de serviços e cobrança de contribuições dos estudantes, para que, assim, deixem de ser totalmente dependentes de subsídios públicos.

A propósito, como bem esclarece Balbachevsky (2005), hipótese bastante semelhante às fontes de financiamento implantadas em Portugal foi a proposta inicial feita pelo CAPES. O modelo, com enfoque nos cursos de Mestrado e Doutorado, isto é, na pós-graduação *stricto sensu*, objeto de estudo do presente trabalho, pregava que os programas deveriam ser autossustentáveis.

Em outras palavras, significa que os subsídios governamentais destinados à manutenção e organização dos referidos cursos deveriam ser gradativamente substituídos por recursos próprios, ou seja, pela cobrança de anuidade dos estudantes, por exemplo. Além disso, o projeto também previa a inclusão no corpo docente de profissionais com experiência de trabalho no mercado não acadêmico, a fim de incentivar a economia com a inserção de profissionais qualificados.

Todavia, devido às ferrenhas críticas e forte pressão exercida pela comunidade acadêmica, o modelo proposto não foi aprovado. Dentre os principais argumentos contrários à ideia estava que o projeto levaria a uma mercantilização do ensino, visto que a pesquisa e a produção acadêmica seriam abertas às pressões no mercado (BALBACHEVSKY, 2005).

Ocorre que o princípio da gratuidade de ensino, que deveria ser um verdadeiro exemplo de instrumento para combater a desigualdade, na verdade propicia a exclusão social. E no caso da pós-graduação *stricto sensu*, tal fenômeno é ainda pior, tendo em vista que devido a uma carga horária excessiva e horários de funcionamento aleatórios, os estudantes que necessitam trabalhar para manter o seu próprio sustento, mas são impedidos por tais fatores, encontram nas bolsas de estudos uma solução para obter sua qualificação.

Na seara do Direito, por exemplo, existem inúmeros profissionais que possuem cargos públicos com vencimentos vultosos e usufruem dos programas de mestrado e doutorado ofertados pelas universidades públicas. Em contrapartida, há estudantes que acabaram de sair da graduação que se

cursada em universidade privada foi paga com muito esforço ou por meio de financiamento, e que não possuem a mínima condição de arcar com um desses cursos na mesma instituição na qual se formou.

Logo, a única alternativa que os resta é disputar uma vaga com aqueles que possuem condições de arcar com o ensino privado e torcer para conseguir uma bolsa de estudo, a fim de garantir o seu sustento.

Entretanto, devido à atual crise a tendência é que o número de tais bolsas diminua drasticamente. Sendo assim, o melhor caminho para tal celeuma seria a implantação das fontes alternativas de financiamento, inclusive com a cobrança de mensalidades dos estudantes, ainda que os valores fossem inferiores ao praticado no mercado.

Vale salientar que para isso algumas ressalvas deveriam ser tomadas. Dentre elas, ou melhor, a principal, seria a que nem todos os estudantes seriam obrigados a pagar pelo custeio de sua pós-graduação *strictu sensu*. O mais sensato seria que a contribuição ocorresse de acordo com a renda de cada um, de modo que aqueles que se declararem e comprovarem a hipossuficiência financeira estariam isentos.

Nesse sentido, os valores arrecadados deveriam ser destinados à manutenção e a criação de mais bolsas de estudos. Além disso, seria de fundamental importância que uma parte também fosse destinada para a pesquisa e o restante transferido para os cursos de graduação.

Consequentemente, como bem demonstra Malbouisson et al. (2017), ao se implantar mecanismos de cobrança para os alunos que possuem renda mais elevada, sem, entretanto, conforme já mencionado, barrar o acesso daqueles que não possuem condições de pagar, permitir-se-ia uma maior equidade nos programas de mestrado e doutorado. Além disso, a cobrança possibilitaria uma maior capacidade de autossustentação financeira das universidades públicas.

De fato, o princípio constitucional da gratuidade do ensino público possui fundamental importância para uma sociedade que luta com inúmeras desigualdades e busca uma melhoria de vida. Acontece que o referido princípio não deve ser analisado isoladamente, mas com todo lastro principiológico constitucional.

A propósito, no mesmo artigo que o referido princípio está previsto, qual seja, o art. 206 da Constituição Federal, o inciso I dispõe que o ensino será ministrado em “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

José Afonso da Silva leciona que «compete ao Poder Público, desde a pré-escola, ou até antes, proporcionar, aos alunos carentes, condições de igualização, para que possam concorrer com os abastados em igualdade de situação” (SILVA, 2014, p. 857). Sendo assim, não se pode permitir o acesso aos programas de pós-graduação *stricto sensu* em igualdade de condições, mas sim, analisando-se a realidade de condições de cada estudante diante de suas desigualdades.

Por fim, o que não pode ser esquecido é que a efetivação da Constituição Federal não é apenas um dever do Estado, mas acima de tudo, um compromisso de cada cidadão e de toda a sociedade, motivo pelo qual se torna necessária a cobrança dos cursos de mestrado e doutorado pelas universidades públicas, como condição para a oferta contínua e duradoura deste serviço público.

6 CONCLUSÃO

A educação é um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento de uma sociedade, principalmente no mundo contemporâneo, tendo em vista que existe uma grande procura por mão de obra qualificada. Dessa forma, se em décadas passadas seria o suficiente concluir a graduação ou até mesmo o ensino médio, nos dias de hoje, para poder ter sucesso profissional se torna necessária a busca por especializações.

Para um jovem graduado que pretende lecionar, principalmente no ensino superior, só existe uma opção: ser aprovado em um programa de mestrado. Logo, as bolsas ofertadas pelas universidades públicas são um grande atrativo para aqueles que delas necessitam para se sustentar.

Todavia, a atual crise financeira enfrentada pelas universidades públicas resultou em diversos cortes dessas bolsas. Em contrapartida, em algumas áreas como, por exemplo, Direito e Medicina, os programas de

pós-graduação *stricto sensu* são utilizados por profissionais que ganham mensalmente valores vultosos e que já adquiriram a estabilidade financeira.

Nesse sentido, o presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade da cobrança de mensalidades pelas universidades públicas no tocante à pós-graduação *stricto sensu*, à luz da aplicabilidade do princípio constitucional da gratuidade do ensino público.

Desse modo, pode-se concluir que a atual Constituição Federal, assim como as anteriores e as de alguns países, a exemplo de Portugal, prevê que o princípio da gratuidade do ensino público será aplicado aos ensinos básico e médio. Porém, nada dispõe acerca do ensino superior gratuito e, principalmente, aos programas de pós-graduação *stricto sensu*.

Além disso, deve-se salientar que a cobrança de mensalidades, assim como a utilização de fontes alternativas de financiamento, não se confunde com privatização. Isso porque o fato de o Estado possuir o dever de garantir o acesso à pesquisa e a uma boa formação para o trabalho não acarreta necessariamente na gratuidade, pois o fato de ser público não significa que será gratuito.

Por mais polêmico que seja o assunto pode-se chegar à conclusão de que a cobrança pelos programas de mestrado e doutorado é uma tendência. No próprio STF, a maioria dos ministros se manifestou a favor durante o julgamento do RE nº 597.854, de modo que só não decidiram a respeito porque as partes do processo se ativeram à cobrança da pós-graduação *lato sensu*.

Também é possível concluir que a cobrança de mensalidades daqueles que possuem condições de pagar favoreceria os que mais precisam, visto que os valores arrecadados seriam destinados a bolsas de estudos e ao incentivo à pesquisa, de modo que aqueles que se declarassem hipossuficientes econômicos estariam isentos.

Por fim, deve-se ressaltar que o tema do presente trabalho se demonstrou bastante complexo, pois envolve vários ramos do Direito, como também das áreas de Economia e Educação, dentre outras. Sendo assim, o assunto demanda uma maior profundidade, a fim de que fosse possível se chegar a conclusões mais claras e consistentes.

REFERÊNCIAS

BALBACHEVSKY, Elizabeth. A pós-graduação no Brasil: novos desafios para uma política bem-sucedida. *In*: BROCK. C.; SCHWARTZMAN, S. **Os desafios da educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 395**, de 09 de abril de 2014. Altera a redação do inciso IV do art. 206 da Constituição Federal, referente à gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611966>>. Acesso em: 22 set. 2017.

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

BRASIL. **Decreto nº 5.773**, de 09 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm#art79>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 500.171, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 13 de março de 2008. **Lex**: jurisprudência do STF, v. 30, n. 360, 2008, p. 174-198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28500171%2EENUME%2E+OU+500171%2EACMS%2E%29%28Repercuss%2E3o%2ETTES%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya26qwah>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 597.854**, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 26 de abril de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597854%2ENUME%2E+OU+597854%2EACMS%2E%29%28Repercuss%E3o%2ETTES%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybmsrsc7>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 12**. A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=12.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BROCK, Colin; SCHWARTZMAN, Simon. **Os desafios da educação no Brasil**. Tradução de Ricardo Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

CABRITO, Belmiro Gil. O financiamento do ensino superior em Portugal: entre o Estado e o Mercado. **Educação & Sociedade**, Campinas, vol. 25, n. 88, p. 977-996, Especial - Out. 2004. Disponível em <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 01 set. 2017.

CALDERÓN, Adolfo Ignacio; FERREIRA, António Gomes. O ensino superior privado: um estudo comparado Brasil-Portugal. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Porto Alegre, v. 28, n. 3, p. 563-584, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://seer.ufg.br/rbpaef/article/view/39819>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CASTRO, Marcelo Lucio Ottoni de. **A educação na Constituição de 1988 e a LDB**. Imprensa: Brasília, André Quicé, 1998.

CHRISPINO, Alvaro. Ensino público gratuito: flexibilidades e desvios. **Ensaio: aval.pol.públ.Educ.**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 47, p. 217-234, jan. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010440362005000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 set. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GEOCAPES. **Sistema de Georreferências da Capes**. Brasília, DF: Capes, 2016. Disponível em: <<https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/#>>. Acesso em: 07 set. de 2017.

GRANZOTTO, Tânia Maria. A implementação de ações neoliberais nas universidades públicas. **Serviço Social e Saúde**, Campinas, SP, v. 10, n. 2, p. 171-195, maio 2015. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/sss/article/view/8634830>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). **Diário da República**, Lisboa, 12 de agosto de 2005, n.º 155, I Série A. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

PORTUGAL. Lei n. 62/2007. Regime jurídico das instituições de ensino superior. **Diário da República, Lisboa**, 1ª série, n.º 174, p. 6358-6389, 10 de Setembro de 2007. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/640339/details/maximized>>. Acesso em: 22 set. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Tomo IV.

MALBOUISSON, Claudia; TIRYAKI, Gisele F.; FERRREIRA, Verônica; MENDES, Vinícius. O ensino superior público deve ser gratuito? Algumas considerações preliminares. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura**. Brasília, 2017. n. 49, p. 21-27. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/170324_radar_49.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Henrique Ribeiro de. **Princípio da gratuidade no ensino superior**. Dissertação de Mestrado. Instituição Toledo de Ensino, Centro Universitário de Bauru, Núcleo de Pós-Graduação: Bauru, 2016. Disponível em: <<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf;jsessionid=jsd0IKatzV8pwFoX42s12UaZ.sucupira-208?cid=1>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRÓCCOLI JÚNIOR, Henrique. O princípio da gratuidade do ensino ministrado em estabelecimentos oficiais e a Súmula Vinculante nº 12. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 131, dez. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15566>. Acesso em: 11 set. 2017

VEJA o impacto do corte de verbas em universidades e institutos federais de 14 estados. **G1**, São Paulo, 28 jul. 2017. Educação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/veja-o-impacto-do-corte-de-verbas-em-universidades-e-institutos-federais-de-14-estados.ghtml>>. Acesso em: 15 set. 2017.

Gustavo Siqueira de Melo

Especialista em Direito Processual Civil pela EJUSE – Escola Judicial do Estado de Sergipe
(Pós-Graduação *Lato Sensu*)

Bacharel em Direito pela Unit – Universidade Tiradentes

Advogado

EMENTAS JURISPRUDENCIAIS
COMO INSTRUMENTO DE
DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA
EM UMA CORTE DE PRECEDENTES:
PARÂMETROS DE REDAÇÃO

Kalyani Muniz Coutinho Pimentel

**EMENTAS JURISPRUDENCIAIS COMO INSTRUMENTO DE
DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA EM UMA CORTE DE PRECEDENTES:
PARÂMETROS DE REDAÇÃO***

**CASE HEADNOTES AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIZATION OF
JUSTICE IN A COURT OF PRECEDENTS: WRITING PARAMETERS**

Kalyani Muniz Coutinho Pimentel

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A FUNÇÃO DA EMENTA JURISPRUDENCIAL EM UMA CORTE DE PRECEDENTES. 3 A ESTRUTURAÇÃO DA EMENTA EM UMA CORTE DE PRECEDENTES. 4 A IMPORTÂNCIA DA INDICAÇÃO DAS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO E SUA DIFERENCIAÇÃO DOS OBITER DICTA NO CORPO DA EMENTA JURISPRUDENCIAL. 5 NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM PARÂMETROS JURÍDICOS SUBMETIDOS À TEORIA DO PRECEDENTE PARA A REDAÇÃO DA EMENTA JURISPRUDENCIAL. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

SUMMARY: 1 INTRODUCTION. 2 THE ROLE OF THE CASE HEADNOTE IN A COURT OF PRECEDENTS. 3 STRUCTURING THE HEADNOTE IN A COURT OF PRECEDENTS. 4 THE IMPORTANCE OF INDICATING THE HOLDING OF THE DECISION AND ITS DIFFERENTIATION FROM THE OBITER DICTA IN THE BODY OF THE CASE HEADNOTE. 5 THE NEED TO ESTABLISH LEGAL PARAMETERS SUBMITTED TO THE THEORY OF PRECEDENT FOR THE WRITING OF THE CASE HEADNOTE. 6 CONCLUSION. REFERENCES.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo central analisar, na perspectiva do sistema brasileiro de precedentes disciplinado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a importância das ementas jurisprudenciais como instrumento de democratização da Justiça em uma Corte de Precedentes. A partir de tal premissa,

*ARTIGO RECEBIDO EM 30.11.2020 E APROVADO EM 29.09.2021.

edificada sob o prisma do Direito Processual Civil e da Metodologia Jurídica, são apresentados critérios técnicos a serem observados nos resumos das ementas que possibilitem a comunicação das questões jurídicas efetivamente decididas pelas Cortes de vértice em seus precedentes judiciais. Mediante a utilização de ferramentas metodológicas predominantemente nas modalidades documental e bibliográfica, com foco na leitura analítica especializada da doutrina nacional e da jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, examina-se a evolução da função desempenhada pelas ementas nas Cortes de Precedentes, sugerindo-se uma forma de estruturação da ementa a ser desenvolvida em consonância com a principiologia estabelecida pelo Código voltada ao fortalecimento de uma jurisprudência nacional estável, íntegra e coerente. Como resultado de tal análise, recomenda-se a adoção de certos parâmetros jurídicos submetidos à teoria do precedente para a redação da ementa jurisprudencial. Ao final, conclui-se pela viabilidade do estabelecimento de tais parâmetros em conformidade com os preceitos fixados pelo CPC/2015.

Palavras-chave: Ementas jurisprudenciais; Corte de precedentes; precedente judicial; tese jurídica; razões de decidir.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to analyze, from the perspective of the Brazilian system of precedents governed by the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/2015), the importance of case headnotes as an instrument of democratization of Justice in a Court of Precedents. Based on this premise, built under the prism of Civil Procedural Law and Legal Methodology, technical criteria are presented to be observed in the summaries of case headnotes that enable the communication of legal issues effectively decided by the apex courts in their judicial precedents. Through the use of methodological tools predominantly in the documental and bibliographic modalities, focusing on the specialized analytical reading of national doctrine and the jurisprudence produced by the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, the evolution of the role played by headnotes in Courts of Precedents is examined, suggesting a form of structuring case headnotes to be developed in line with the principle established by the Code aimed at strengthening a stable, complete and coherent national jurisprudence. As a result of this analysis, it is recommended to adopt certain legal parameters submitted to the precedent theory for the elaboration of case headnotes. Finally, it

is concluded that it is feasible to establish such parameters in accordance with the precepts established by the CPC/2015.

Keywords: *Case headnotes; Court of precedents; judicial precedent; legal argument; holding.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo;

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973;

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

A partir do advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), muito se tem falado sobre a preocupação em construir e compreender um sistema de precedentes adequado à realidade brasileira, fundando-se, principalmente, no estudo das questões jurídicas e da importância da *ratio decidendi* para a adequada divulgação e prestígio da autoridade dos precedentes, a fim de que se cumpra a função do Judiciário de colaborar com a construção do Direito no sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, de forma surpreendente, a maioria da doutrina tem olvidado completamente a importância das ementas jurisprudenciais na realidade de uma Corte de Precedentes, como se identificam hodiernamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). É de fácil percepção notar que certos autores que se debruçam sobre o tema do papel das Cortes Supremas em um sistema de precedentes têm, aparentemente, chegado a tratar com certo desdém a questão das ementas jurisprudenciais, na medida em que buscam concentrar os esforços de análise sobre a preocupação legítima acerca da porção do acórdão dedicada ao registro dos motivos determinantes da decisão.

Somado a isso, percebe-se que grandes expoentes do estudo do Direito brasileiro, como é o caso de Marinoni (2015, p.126), têm feito diversas críticas à elaboração de ementas e de súmulas, ou a quaisquer

outros tipos de resumos jurisprudenciais, por entender que se valer de enunciados jurídicos a fim de se comunicar as questões firmadas pela Corte subtrairia o enfoque da importância da compreensão do precedente, já que tal compreensão estaria justamente não em eventual norma enunciada, do ponto de vista do resultado então proclamado em relação à solução do caso concreto, mas da própria *ratio decidendi* que estaria contida na fundamentação. Assim vistas as coisas, o enunciado de uma súmula, por exemplo, não registraria, por óbvio, a transcrição de todas as *ratione decidendi* pelas quais o órgão colegiado teria fundado o seu entendimento, ou a tese jurídica adotada apta a ser observada por todos os tribunais e juízos inferiores à Corte de Precedentes.

Assim, apesar de tal raciocínio de aparente indiferença à importância das ementas jurisprudenciais, da mesma forma, tem-se observado no meio acadêmico muitas críticas em relação a algumas ementas jurisprudenciais elaboradas no seio de Cortes Supremas em casos emblemáticos, como é o caso da ementa redigida no caso *Metabel versus União Federal*, julgado pelo STF nos autos do RE nº 590.809/RS (BRASIL, 2014). Por ocasião daquele julgamento, a Suprema Corte foi instada a se manifestar acerca da aplicabilidade da Súmula nº 343 do STF em hipótese em que se discutia o cabimento da ação rescisória fundada em violação de norma constitucional, na qual se invoca precedente do STF firmado em momento posterior à decisão rescindenda, em face de sua compatibilidade com a coisa julgada material (BRASIL, 1964).

Sobre o referido caso, o próprio Marinoni (2016, p.300) destacou observação de que figurou da ementa jurisprudencial, como se tivesse sido decidida tal questão, um *obiter dictum*, a saber, a ementa, em verdade, restringiu a tese que fora firmada no julgado, para, equivocadamente, limitar a aplicabilidade do entendimento alcançado na Corte apenas a casos de controle concentrado de constitucionalidade, quando o Colegiado nada teria definido sobre tal restrição fática, havendo, tão somente, sido feita uma nota, a título de mera consideração, por parte de apenas um dos ministros que, na ocasião, estava prolatando seu voto oral:

A ementa do acórdão consignou que “o verbete 343 da Súmula do Supremo deve ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”. Ou seja, a ementa ressaltou a possibilidade de a ação rescisória ser utilizada com base em decisão proferida em “controle concentrado”. Porém, não obstante a circunstância de o próprio relator ter abordado esta questão de passagem, sem defini-la, a questão de se a decisão proferida em controle concentrado constitui base para ação rescisória não foi posta para julgamento ou, ainda, não constituía fundamento suficiente para se decidir se precedente do STF, firmado em sede de controle incidental, pode determinar a desconstituição da coisa julgada.

Eis o teor da ementa do referido julgado:

ACÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. ACÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda. (STF, RE nº 590.809/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 22.10.2014, DJ 24.11.2014).

Assim, registrou-se crítica em relação à ementa desse julgado e a forma pela qual tal ementa, como foi feita, estaria distorcendo o que efetivamente havia sido discutido e decidido pela Corte Suprema naquela ocasião. Ora, extrai-se desse exemplo, dentre tantos outros, a importância de se debruçar sobre a importância das ementas jurisprudenciais como

forma de divulgação e enunciação das teses jurídicas e dos entendimentos firmados pelas Cortes de Precedentes no sistema jurídico brasileiro, no momento de apreciação dos casos concretos.

É bem verdade que, como já ocorria no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), em seu artigo 458, houve a reprodução do normativo legal que não previa a ementa jurisprudencial como elemento essencial do acórdão, dele não fazendo, assim, parte. Com efeito, diz o *caput* do art. 489 do CPC/2015 que o acórdão, assim como as sentenças, do ponto de vista de sua constituição documental, é formado pelo relatório, pela fundamentação e pela parte dispositiva. Um dos argumentos doutrinários mais interessantes que vem a reforçar tal entendimento é aquele registrado por Guimarães (2004, p.62) ao explicitar que, caso se assumisse que a ementa é parte integrante do documento acórdão, estar-se-ia assumindo a própria redundância estrutural desse documento original, uma vez que as informações do documento, em algum ponto, seriam repetidas, tanto na ementa quanto em suas demais partes, o que faz crer que a ementa realmente é destacada, tratando-se de um outro documento, autônomo e contíguo ao acórdão. Assim, acórdão e ementa trata-se de documentos diversos, e não do mesmo documento.

Reforçando tal visão, é possível encontrar vasta e tradicional jurisprudência nos tribunais superiores no sentido de que a ementa não faz parte do acórdão e que sua ausência, inclusive, não torna o acórdão nulo, uma vez não se cuidar de elemento essencial, como restou consignado, a exemplo, pelo STJ no REsp nº 466.526/DF (BRASIL, 2003).

Aliás, a Corte Superior já externou o entendimento, no julgamento dos EDcl no AgRg no Ag nº 973.577/SP de que, do ponto de vista da interpretação lógico-jurídica do julgado, caso a ementa se encontre em conflito interpretativo com o que dito em qualquer parte do voto, será este, e não aquela, que prevalecerá (BRASIL, 2010). A jurisprudência dos tribunais também enuncia que, no momento de extração do entendimento firmado em um determinado julgado, em eventual conflito interpretativo entre ementa jurisprudencial e notas taquigráficas, prevalecerá o conteúdo destas em detrimento daquela, por retratar, certamente, com maior completude, aquilo que foi discutido no corpo do acórdão, o que evidencia,

mais uma vez, que a ementa, ontologicamente, não faz parte do acórdão. Esta foi a compreensão do STJ nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp nº 1.107.543/SP (BRASIL, 2012).

Ora, feitas tais considerações, pergunta-se: se a ementa jurisprudencial não faz parte do acórdão, por que razão se preocupar com seu estudo? E por que é que a ementa é tão utilizada e referenciada na práxis jurídica tanto pelos magistrados como pelos causídicos, a fim de referir e compreender as teses jurídicas firmadas pelos tribunais, por vezes reforçando a autoridade do discurso argumentativo? A resposta a tal pergunta passa, inicialmente, pela compreensão da natureza jurídica da ementa como um resumo jurisprudencial capaz de servir como instrumento de democratização da Justiça no contexto de uma Corte de Precedentes.

Na realidade de um embrionário sistema de precedentes, em que se tem por fundamental o desenvolvimento de técnicas interpretativas que privilegiem a correta identificação das razões de decidir dos julgados, entende-se que a crítica às ementas jurisprudenciais, ao invés de se traduzir no combate ou no desprezo à sua prática, deve se ater ao mau uso de sua utilização. Esse mau uso, nesse enfoque, reside na elaboração de enunciados descontextualizados das questões jurídicas efetivamente discutidas e julgadas nos precedentes firmados, os quais encerram atecniais tanto no aspecto da eleição dos termos adequados à correta recuperação do julgado propriamente dito por quem os pesquisa, quanto no aspecto referente à comunicação das teses jurídicas firmadas nos precedentes.

Nessa linha, destaca-se o raciocínio de Taruffo (2014, p.7), ao realizar um cotejo entre a elaboração de enunciados jurisprudenciais, prolação da decisão judicial e identificação da *ratio decidendi* em um sistema de precedentes:

Esta distinção não é desconhecida no âmbito da nossa jurisprudência, mas não vem sendo aplicada com o rigor necessário: não raramente as súmulas contêm obiter dicta, enquanto quem formula a súmula, muitas vezes, extrai do texto da sentença qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa seria a base efetiva da decisão; na

prática judiciária não raramente comporta-se do mesmo modo, chamando novamente qualquer parte da sentença que pareça útil para invocar como precedente.

O reflexo das sobreditas atecnias revela-se em verdadeiro entrave à democratização da Justiça. Se, por um lado, a divulgação da informação jurídica produzida pelas Cortes de Precedentes desempenha o papel de vetor da transparência, da fiscalização social e da democratização, mormente quando se utiliza de meios digitais para tal propósito, por outro, quando é disponibilizada de maneira desregrada e descompromissada com a função do precedente, favorece a compreensão equivocada do que efetivamente restou decidido ou, ainda, impede o próprio acesso a tais informações.

Assim, a ementa jurisprudencial deve apresentar estrutura metodológica e linguagem jurídica que a transforme em instrumento de acesso da comunidade jurídica nacional às teses firmadas pelas Cortes de Precedentes. A fim de alcançar tais qualidades, é importante privilegiar a clareza das informações transmitidas, sem olvidar a redação técnica de seus termos. Isso porque, enquanto termos técnicos são desejáveis em sua utilização, por outro lado, a exacerbação de jargões jurídicos, em regra, labora como obstáculo ao alcance de tais objetivos. Toma-se a expressão de Kukina (2015), parafraseando Leonardo da Vinci, para ilustrar a questão: “Uma ementa que exige dicionário para ser entendida não alcança minimamente sua função. A simplicidade é o último grau de sabedoria”.

Daí a preocupação ora empreendida em demonstrar a importância da boa técnica jurídica aplicada às ementas jurisprudenciais como forma de divulgação democrática e reforçamento do papel constitucional das Cortes Supremas como instâncias que formam precedentes. Ao lado de tal objetivo principal, busca-se, ainda, estabelecer critérios para a sintetização das teses jurídicas estabelecidas pelas Cortes de Precedentes em ementas.

A fim de alcançar tais objetivos, propõe-se uma metodologia de análise das informações a ser realizada em consonância com os princípios interpretativos do CPC/2015 que regem o sistema de precedentes brasileiro. Para tanto, o presente artigo examina a evolução do conceito em torno da natureza das ementas jurisprudenciais desde o código processual revogado até o advento do novel *codex*, discorrendo, ainda, acerca da função

desempenhada pela ementa nesse novo contexto para, então, apresentar a forma de estruturação da ementa jurisprudencial desejável em uma Corte de Precedentes.

2 A FUNÇÃO DA EMENTA JURISPRUDENCIAL EM UM SISTEMA DE PRECEDENTES

Sob a ótica do sistema jurídico processual anterior, em que as Cortes de vértice nacionais se comportavam como meras Cortes de cassação ou de revisão das decisões judiciais proferidas em instâncias inferiores, sem a preocupação de atribuição de sentido ao Direito constitucional ou federal infraconstitucional, a função da ementa dos acórdãos era vista de forma desvinculada à função do precedente judicial, o que diminuía a preocupação com o seu estudo sistematizado.

Ora, acerca da função desempenhada por uma Corte de vértice na atribuição de sentido ao Direito, sob a ótica de um sistema de precedentes, Marinoni (2017, p.159) esclarece que

A autoridade dos precedentes também guarda relação com o fato de uma Suprema Corte ter posição diferenciada no sistema jurídico, destinada à revelação do sentido do direito. No sistema brasileiro o Superior Tribunal de Justiça é uma Corte de vértice, nada existindo acima dela no que diz respeito ao direito federal. Assim, a sua posição no sistema lhe confere a última palavra no que pertine à atribuição judicial de sentido ao direito federal.

A ementa jurisprudencial, sob a égide da estrutura processual do Código Buzaid, era vista como mera “súmula do acórdão”. O estudo da ementa se reduzia, assim, a um esforço de indexação de termos, por meio do empréstimo de técnicas da biblioteconomia relacionadas à eleição de palavras-chave e a formas de condensação documentária, bem como à boa aplicação de regras do português jurídico. Afinal, via-se o acórdão como um documento de *per se*, ou seja, não havia um compromisso interpretativo que agisse em consonância com a força gravitacional do precedente.

A propósito, Dworkin (2002, p.176) explica que “a força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo.”.

Por sua vez, Pinto apud Aguiar Junior (2008, p.7) ilustra esse modelo tradicional ao conceituar a ementa jurisprudencial:

Consiste num breve enunciado da tese ou teses principais esposadas no acórdão, mencionando a circunstância de ter a decisão sido prolatada por unanimidade ou por maioria, bem como preferencialmente indicando os dispositivos legais aplicados, cuja inteligência é retratada no corpo do acórdão, e ainda as palavras-chaves que possibilitarão a sua catalogação e localização.

Verifica-se que a concepção de conteúdo da ementa era hermética, reduzindo-se ao acórdão em si mesmo como documento que encerrava uma solução particular para as partes da lide e, não raras vezes, fazendo-se constar até mesmo no corpo do resumo o quórum de resultado do julgamento. A ementa era vista, fundamentalmente, como retrato dessa solução, a síntese de uma verdadeira lei entre as partes. Como reforço a tal concepção, cita-se, ainda, Campestrini (2004, p.156):

O conceito mais pertinente de ementa nasce do seguinte: a decisão do magistrado passa a fazer lei entre as partes (ou o parecer, quando conclusivo, passa a norma de conduta do órgão). Ora, nada mais razoável que a ementa retrate, dentro das circunstâncias do julgado, esta norma, esta lei. Por consequência, lógico que a ementa (no seu dispositivo) deva ser elaborada dentro das normas fundamentais que regem a elaboração de uma lei.

Assim, cuidando-se de “súmula do acórdão”, a ementa era encarada como um enunciado redigido sem maiores compromissos com uma metodologia eminentemente jurídica de extração de informações. Na atualidade, em que se empreende um esforço para a consolidação de um sistema nacional integrado de precedentes, e onde a divulgação da informação jurisprudencial tem a obrigação ética de estar integrada com os deveres de coerência e integridade, tal visão resta ultrapassada.

Acerca dos deveres em comento, assim esclarecem Didier Jr. et al. (2016, p.492):

A coerência e a integridade são pressupostos para que a jurisprudência possa ser universalizada, possa ser legitimamente aplicada a outros casos semelhantes. É da essência de um sistema de precedentes construídos de forma racional e não-autoritária que eles sejam universalizáveis. Não é legítimo universalizar o que não é íntegro ou coerente.

Com efeito, o atual sistema de precedentes brasileiro privilegia a jurisprudência como informação jurídica na medida em que, ao estabelecer o dever dos juízes e tribunais de observarem sua própria jurisprudência, determina a valorização de formas adequadas de disponibilização das teses jurídicas firmadas nos precedentes nos veículos de divulgação, em especial o meio digital, cujo acesso é feito pela *internet*.

O parágrafo 2º do art. 943 do CPC/2015 determina que, lavrado o acórdão, o qual necessariamente conterá ementa, deverá esta ser publicada no órgão oficial no prazo de dez dias. Por outro lado, o art. 944 explicita que, nos casos em que não publicado o acórdão no prazo de trinta dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, caso em que o presidente do tribunal lavrar, imediatamente, a ementa e determinará a publicação do acórdão.

Tendo sido mantida a previsão da ementa jurisprudencial no atual Código no livro que disciplina os processos nos tribunais, razão não há para questionamentos sobre sua inserção interpretativa também no contexto da principiologia trazida pelo CPC/2015 que privilegia a divulgação das teses jurídicas firmadas pelas Cortes de Precedentes de forma sistêmica, ou seja, visando ao fortalecimento de uma jurisprudência nacional estável, íntegra e coerente.

Impende ressaltar, nesse contexto, o conceito de precedente, conforme destacado por Câmara (2015, p. 425-426):

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra

decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.

Dessa forma, ao se constatar a importância de se divulgar adequadamente as teses jurídicas firmadas nos precedentes de determinado órgão jurisdicional, destaca-se a ementa como espécie de síntese técnico-jurídica, pautada por determinados critérios metodológicos, apta a representar as questões jurídicas efetivamente decididas nos precedentes judiciais.

Nessa mesma esteira, destaca-se o entendimento de Camargo (2012, p.565), ao afirmar que

Para a identificação da formação da jurisprudência, o ideal mesmo parece ser criar onde não existe e incrementar onde já funcionam campos nos sites de cada um dos tribunais de modo a que, com atualização permanente, todos os casos julgados sejam reunidos por questão jurídica decidida. Essas ferramentas, a um só tempo, servirão como fonte de pesquisa e como instrumento de controle da coerência interna (com seus próprios julgamentos) e externa (com o julgamento de outros tribunais) da Corte.

Assim, as ementas jurisprudenciais devem trazer em seu bojo a preocupação de se retratar as questões jurídicas centrais decididas nos precedentes, deixando-se de se preocupar exclusivamente em resumir, tão somente, a solução particular prolatada pelo magistrado a fim de dirimir o conflito *inter partes*, para, assim, ressaltar, de forma paradigmática, as teses jurídicas firmadas pelas Cortes de vértice.

Com tal mudança de enfoque, está-se dando cumprimento ao disposto no parágrafo 5º do art. 927 do novel diploma processual, o qual enuncia que os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. *A contrario sensu*, deve-se excluir do corpo das ementas todas aquelas informações que, eventualmente, constarem dos julgados apenas a título de *obiter dictum*.

3 A ESTRUTURAÇÃO DA EMENTA EM UMA CORTE DE PRECEDENTES

A fim de que as ementas jurisprudenciais retratem, de maneira paradigmática, as questões jurídicas efetivamente decididas pelas Cortes Supremas em seus precedentes, é preciso que comuniquem aquelas informações contidas nos precedentes que efetivamente possuam relevância jurisprudencial.

Inicialmente, é necessário compreender que a ementa, tratandose de documento autônomo em relação ao acórdão, trata-se de um resumo voltado a dar ciência das teses jurídicas contidas nos inteiros teores dos julgados colegiados aos interessados, porquanto viabiliza uma consulta rápida dos pontos considerados essenciais no julgado.

Advogados, magistrados, auxiliares da Justiça e comunidade jurídica em geral consultam as ementas dos acórdãos como uma forma inicial e mais ágil de compreensão do que restou decidido pelas Cortes de Precedentes e, muito comumente, utilizam esses resumos especializados no corpo das peças jurídicas por eles produzidas – sejam estas petições de recursos, decisões judiciais ou pareceres – para divulgação do entendimento firmado por determinado órgão julgador. Nesse sentido, as ementas figuram como singular instrumento presente no cotidiano dos atores que manejam o atual sistema brasileiro de precedentes.

Nessa dinâmica, as ementas jurisprudenciais atuam como veículos de publicidade dos julgados das Cortes de vértice, proporcionando evidência ao precedente e auxiliando os tribunais em seu esforço de aperfeiçoamento de sistemas padronizados e eficazes de disponibilização de seus precedentes.

Ante tal importância, busca-se ter em mente que ementas jurisprudenciais não devem retratar informações que possuam interesse apenas para as partes envolvidas na controvérsia que originou o acórdão, por não possuírem caráter precedental. Por outro lado, não devem as ementas formular enunciados excessivamente generalizantes, uma vez que,

desvinculados totalmente do substrato fático do caso, aproximar-se-iam de um enunciado legislativo, perdendo a ementa, assim, sua utilidade informacional.

Fazendo-se uma revisão do conceito de *obiter dictum*, convém tomar a expressão de Didier Jr. (2016, p.459) para exemplificação do que não deve constar do enunciado das ementas, a saber:

[...] manifestações sobre questão que não é objeto da causa, que é hipoteticamente ali considerada, ou, ainda, sobre questão irrelevante, bem como a menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie e, até mesmo, o quanto constante no voto vencido da decisão colegiada.

Dessa forma, ementas jurisprudenciais elaboradas em Cortes de Precedentes, na esteira do parágrafo 5º do art. 927 do CPC/2015, deverão identificar, de forma clara, a questão jurídica decidida no precedente judicial, não perdendo de vista que se está elaborando um resumo de caráter paradigmático. Conforme Marinoni (2010, p.216), o precedente não se reduz ao acórdão que abordou uma questão jurídica com determinada aptidão, mas possui qualidades externas que transcendem ao conteúdo da própria decisão. Ele “é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”. Todavia, deverá a questão jurídica ser identificada, ainda, em conjunto com os fatos do caso concreto.

Diz o CPC/2015, no parágrafo 1º do art. 489, incisos I e II, que é requisito de fundamentação do acórdão a explicitação, pelo magistrado, da incidência de determinada norma ao caso concreto, bem como o estabelecimento inequívoco, na decisão, do caso concreto, a fim de ser possibilitado o emprego de conceitos jurídicos indeterminados à hipótese sob julgamento. Assim, deve a ementa, no momento de enunciar a tese, discriminar os fatos relevantes sobre os quais se discutirá a questão jurídica.

Por outro lado, além de manter a fidelidade com os fatos selecionados pelo magistrado como relevantes no precedente, a ementa deve registrar em seu corpo aqueles fatos que podem ser identificados

como potencialmente iguais em futuros precedentes, de tal forma que o pesquisador jurídico possa inferir que entre o precedente localizado em seu resultado de busca e o caso que ainda depende de solução pelo órgão jurisdicional existe (ou não) uma igualdade jurídica.

Nessa linha de raciocínio, o inciso VI do parágrafo 1º do art. 489 do novel código determina que será nulo o acórdão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”.

Assim, a técnica da distinção positivada no código (*distinguishing*) permite, de igual modo, que o operador do Direito, ao ler uma ementa elaborada de maneira técnica, detecte que as bases fáticas entre dois casos são juridicamente iguais ou distintas, o que o fará concluir ser aquele precedente oferecido útil ou inservível ao seu interesse de pesquisa.

Finalmente, em razão da própria natureza sintética da ementa jurisprudencial, ainda que impossível a reprodução, *ipsis litteris*, de todos os fundamentos jurídicos apostos no precedente para a justificação da tese firmada pelo órgão julgador, deve o enunciado da ementa condensar, de forma essencial, as razões de decidir que sustentaram o posicionamento da Corte acerca de determinada questão jurídica decidida no julgado.

Conforme Marinoni (2010, p.222):

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.

Com efeito, enuncia o CPC/2015, no inciso V do parágrafo 1º do art. 489, que o acórdão bem fundamentado deverá identificar seus

fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, no momento em que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Dessa forma, como já reforçado, a ementa jurisprudencial só deverá trazer para seu corpo, como elemento de justificação do enunciado, aquele fundamento específico, o *holding*, pois a função do resumo é evidenciar a tese jurídica firmada no julgado como entendimento do órgão jurisdicional.

4 A IMPORTÂNCIA DA INDICAÇÃO DAS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO E SUA DIFERENCIAÇÃO DOS *OBITER DICTA* NO CORPO DA EMENTA JURISPRUDENCIAL

O papel central que tem assumido o precedente na cultura jurídica brasileira evidencia a importância do estudo das teses jurídicas e de sua disponibilização em bases de jurisprudência. A moralidade institucional do precedente, como se refere Dworkin (2002, p.175), está exatamente em suas razões de decidir. As *ratione decidendi*, também denominadas motivos determinantes da decisão, são, assim, expressas pelos fundamentos do voto responsáveis por atingir e embasar a conclusão do caso.

Por outro lado, como já referido, os *obiter dicta* são identificáveis como conceito residual e a *contrario sensu* em relação à *ratio decidendi*. Dessa forma, considera-se como fundamentação expedida a título de *obiter dictum* aqueles fundamentos ou construções de raciocínio lógico-jurídico presentes na decisão que não exprimem a porção da motivação que sustenta efetivamente a conclusão do caso concreto.

Não obstante os *obiter dicta* integrem a fundamentação dos votos, não devem ser confundidos com suas razões de decidir, ou seja, com o núcleo duro da decisão que se traduz como as razões utilizadas pelo julgador necessárias à tomada de decisão do caso concreto.

Em razão de tal diferenciação, os *obiter dicta* não devem constar do corpo das ementas jurisprudenciais, a fim de que não se confunda o consulente, fazendo-o crer, equivocadamente, que aquela porção da fundamentação cuidou das razões de decidir do julgado quando, em verdade,

figurou apenas como uma mera construção de raciocínio utilizada pelo magistrado em seu esforço de motivação racional da decisão, auxiliando-o a alcançar a conclusão que embasa a tese jurídica então firmada.

Levando-se em conta essa concepção residual e, a partir do quanto observado na prática judiciária nos tribunais nacionais, propõe-se uma classificação quanto às espécies de *obiter dictum* mais usualmente encontradas na fundamentação nos acórdãos, a saber: (i) considerações do juízo; (ii) história procedimental dos autos; (iii) registro histórico do entendimento do órgão julgador ou do relator; (iv) posicionamento do órgão julgador diverso da hipótese dos autos; e (v) lição doutrinária.

As considerações do juízo podem ser conceituadas como fundamentos que exprimem um adiantamento do mérito naquelas hipóteses em que a pretensão, quanto às questões jurídicas meritórias, não ultrapassaria a barreira do conhecimento.

Assim, trata-se de um comentário consignado no voto que explica o posicionamento do julgador sobre a matéria, caso o mérito da controvérsia ultrapassasse a barreira do conhecimento. Em outras palavras, trata-se de fundamento que diz respeito a uma questão que não foi efetivamente decidida no julgado, em razão de a decisão de uma questão prévia ter prejudicado a apreciação de questão que lhe era subordinada.

A impossibilidade de apreciação da questão subordinada pode ocorrer, por exemplo, pela ausência de requisitos de admissibilidade recursal, de pressupostos processuais ou condições da ação, ou ainda, em razão do reconhecimento da prescrição ou decadência.

Outra espécie de *obiter dictum* comumente assinalado em acórdãos é o registro da história procedimental dos autos. Cuida-se de um sumário do caso, onde é feito o relato dos procedimentos ocorridos nos autos. Nele, podem ser destacados a causa da ação, a providência buscada pelas partes ou interessados, as decisões existentes nas instâncias inferiores ou a providência judicial ou administrativa questionada como sendo errônea.

Note-se que, na espécie, dentro da classificação tradicional dos elementos essenciais do acórdão proposta pelo art. 489 do CPC/2015, esse *obiter dictum* surge, curiosamente, situado dentro do capítulo do

acórdão onde se expende a fundamentação, ou seja, emerge como um reforço argumentativo que busca dar relevo ao enredo do quanto ocorrido no caso dos autos, a fim de se reforçar uma certa argumentação em direção à proposição das razões de decidir que serão adotadas na decisão. Em tais casos, o registro dessa história procedimental ocorre ainda quando já há um capítulo da decisão dedicada ao relatório, na forma do inciso I do referido dispositivo legal, o que demonstra tratar-se, efetivamente, de um reforço argumentativo.

Adiante, outra espécie de *obiter dictum* detectada é registro histórico do entendimento do órgão julgador ou do relator acerca de determinada matéria. Essa ocorrência é caracterizada pela presença, na fundamentação do *decisum*, de um registro do histórico do entendimento do órgão julgador do tribunal ao qual o magistrado faz parte ou, ainda, da evolução do entendimento do próprio magistrado a cuja relatoria o caso pertence, em relação à tese jurídica que está sendo apreciada no acórdão.

A utilidade de se fazer consignar tal registro histórico é a de evidenciar a evolução da jurisprudência do órgão julgador sobre a matéria, a fim de propor, talvez, nova jurisprudência, ou para fazer constar a ressalva do entendimento pessoal do relator em relação ao entendimento do órgão colegiado. Tais fundamentos poderão, desse modo, figurar como *obiter dictum* quando são utilizados como uma elucidação empregue pelo magistrado, antes de expor os reais motivos determinantes do posicionamento que adotará acerca da questão jurídica enfrentada.

Por outro lado, é comum encontrar-se nos acórdãos, ainda, como *obiter dictum*, fundamentos que expressam o posicionamento do órgão julgador que seja diverso da hipótese dos autos. Essa espécie de *obiter dictum* ocorre quando o prolator da decisão menciona existir posicionamento do órgão julgador referente à determinada matéria, porém o faz apenas de forma ilustrativa, não aplicando tal entendimento ao caso concreto. Passo seguinte, após utilizar-se de tal ilustração, poderá o magistrado firmar qual será, então, o entendimento do órgão julgador que será, efetivamente, adotado no caso sob análise.

Finalmente, pode figurar como mero *obiter dictum* no corpo da fundamentação dos acórdãos uma lição doutrinária. Em tal hipótese, o julgador utilizará como fundamentação de seu voto uma explicação doutrinária pertinente à matéria efetivamente discutida nos autos, a fim de assentar conceitos e institutos jurídicos aplicáveis ao caso concreto.

Logo, referida figura não se reduz à mera referência ou transcrição de trecho de doutrinas, mas ocorrerá, também, quando o próprio magistrado atuar como verdadeiro doutrinador, realizando um esforço argumentativo voltado a empregar conceituações, exemplificações e sistematizações que legitimarão, ao final de seu raciocínio, as razões de decidir que adotará para firmar o posicionamento sobre a questão trazida a julgamento. A argumentação exposta como lição doutrinária desempenha a função de reforço argumentativo à tese que o magistrado procura firmar em seu pronunciamento.

Em remate, ao se fazer constar as teses jurídicas julgadas pelo órgão colegiado na ementa de um acórdão, deve-se resumir, ainda que de forma concisa, os fundamentos determinantes da decisão. Em contrapartida, todas as construções ora referidas como espécies de *obiter dictum* devem ser evitadas nos enunciados jurisprudenciais a serem elaborados.

5 NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM PARÂMETROS JURÍDICOS SUBMETIDOS À TEORIA DO PRECEDENTE PARA A REDAÇÃO DA EMENTA JURISPRUDENCIAL

Constata-se que a revisão bibliográfica existente sobre o tema das ementas jurisprudenciais no Brasil é escassa, concentrando-se, principalmente, na área de documentação jurídica ou biblioteconomia (GUIMARÃES, 2004) e em manuais voltados à padronização gráfica ou linguística das ementas (CAMPESTRINI, 1994, e VENÂNCIO JÚNIOR, 2017). Entretanto, não se tem notícia de bibliografia existente no âmbito do Direito que venha a abordar o tema de forma integrada com a Teoria do Precedente Judicial e sob o enfoque das ementas jurisprudenciais produzidas em Cortes de Precedentes.

A fim de se desenvolver uma abordagem de redação de ementas que viabilizem às Cortes de Precedentes atuarem como instrumento de democratização da Justiça, devem-se estabelecer padrões metodológicos

que possibilitem aos operadores do Direito a correta identificação das teses jurídicas contidas em acórdãos, de maneira a auxiliar a compreensão do entendimento firmado pelo órgão julgante em seus precedentes paradigmáticos.

Assim, para a consecução de tal objetivo, sugerem-se certos parâmetros que deverão ser observados pelas Cortes de Precedentes brasileiras na elaboração, tratamento e gestão de seus precedentes no que concerne à sintetização das teses jurídicas firmadas no resumo das ementas, os quais são enumerados a seguir:

a) a metodologia de análise de identificação de teses jurídicas em ementas jurisprudenciais adotada pelas Cortes de Precedentes deve ser realizada sempre de maneira conjugada com a função desempenhada pelo precedente judicial;

b) o tratamento jurisprudencial no âmbito das Cortes de Precedentes deverá considerar a realização de estudos direcionados à identificação dos elementos essenciais do acórdão no sistema jurídico reforçado pelo CPC/2015, com vistas a vincular tais elementos constitutivos ao processo analítico de escrita da ementa jurisprudencial;

c) no momento da veiculação da tese jurídica na ementa, torna-se fundamental a identificação das questões jurídicas efetivamente decididas, excluindo-se informações eventualmente registradas em acórdãos apenas de passagem. Assim, tal análise demandará a adequada compreensão das relações de subordinação entre as questões que foram apreciadas no caso, pois questões preliminares e prejudiciais podem impedir ou influenciar a apreciação e o julgamento de questões subordinadas de caráter processual ou meritórias, o que pode vir a afetar a forma de estruturação da ementa;

d) tendo em conta que, na dinâmica de julgamento de um caso, é possível a coexistência de fundamentos complementares e concorrentes entre os diversos votos produzidos pelos julgadores, e que a atual praxe nos tribunais brasileiros é que a ementa seja redigida apenas com base no voto do relator, o parâmetro de redação das ementas elaboradas em Cortes de Precedentes deverá ser alterado a fim de garantir que todas as razões de decidir adotadas pelo órgão julgador para a solução da questão jurídica possam ser retratadas;

e) a gestão da informação jurisprudencial em uma Corte de Precedentes deverá considerar a análise crítica do acervo de acórdãos e ementas já produzidos sob a égide do CPC/2015, a fim de verificar se os resumos elaborados nas ementas redigidas no âmbito dos gabinetes de magistrados têm efetivamente identificado as questões jurídicas julgadas pelos órgãos colegiados, e se tais resumos comunicam adequadamente as razões de decidir adotadas pelos órgãos julgadores na formação de seus precedentes; e, finalmente,

f) as Cortes Supremas deverão avaliar se o padrão de disponibilização das ementas adotado atualmente em suas respectivas bases de pesquisa de jurisprudência tem se mostrado capaz de cumprir a função democratizadora da Justiça desempenhada por uma Corte de Precedentes.

6 CONCLUSÃO

Buscou-se analisar como a ementa jurisprudencial, regida por características e elementos inseridos no contexto do CPC/2015, pode contribuir como um importante instrumento de democratização da Justiça em uma Corte de Precedentes, auxiliando o fortalecimento de uma jurisprudência nacional estável, íntegra e coerente.

Após refletir acerca dos impactos negativos produzidos por ementas jurisprudenciais redigidas de forma atécnica na compreensão das teses jurídicas firmadas pelas Cortes de vértice, o presente artigo examinou a função da ementa jurisprudencial em um sistema de precedentes, demonstrando, ainda, como a evolução do Direito Processual brasileiro, culminando na publicação do CPC/2015, impulsionou uma mudança de concepção sobre a própria natureza conceitual das ementas jurisprudenciais produzidas em uma Corte de Precedentes.

Passo seguinte, discorreu-se sobre a forma de estruturação da ementa nas Cortes de Precedentes, ocasião em que se demonstrou que a redação do enunciado jurisprudencial está intrinsecamente ligada à comunicação das teses jurídicas firmadas nos precedentes ementados. Essa estrutura compreende a identificação das questões jurídicas efetivamente julgadas, no contexto dos fatos relevantes do caso concreto, pontuando, ainda, de forma essencial, a identificação dos motivos determinantes presentes no precedente objeto do resumo.

Nesse âmbito, buscou-se identificar aqueles fundamentos que não se caracterizam como as razões de decidir da decisão, propondo-se, ademais, uma classificação das espécies de *obiter dictum* mais usualmente encontradas em acórdãos na práxis judiciária brasileira.

Finalmente, foram enumerados certos parâmetros que deverão ser buscados pelas Cortes de vértice com o objetivo de aprimorar a gestão das informações jurisprudenciais e de seu acervo de julgados, com vistas a otimizar a sistematização das teses jurídicas em ementas.

Verificou-se, assim, ser possível o estabelecimento de critérios capazes de direcionar o raciocínio jurídico de sintetização das teses jurídicas firmadas pelas Cortes de Precedentes nas ementas jurisprudenciais, em conformidade com as novas regras interpretativas fixadas pelo CPC/2015.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Ementas e sua técnica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy_rosado.html. Acesso em 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 466.526/DF**. Recurso Especial. Violação ao art. 535, I, do CPC. Descompasso entre ementa e acórdão. Contradição. Divergência. Transcrição de ementa. Recorrente: Real Engenharia Ltda. Recorrido: Adelaide Soares Sette. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 12 de agosto de 2003. Disponível

em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201077278&dt_publicacao=25/08/2003. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 973.577/SP**. Processual Civil. Embargos de Declaração. Omissão configurada. Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 13 de abril de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702752020&dt_publicacao=29/04/2010. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.107.543/SP**. Tributário e Processo Civil. Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Recurso Especial representativo de controvérsia. Execução Fiscal. Divergência entre a ementa e as notas taquigráficas. Embargos de Declaração acolhidos para adequar o dispositivo do acórdão às notas taquigráficas. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: M. R. A. Fotolito Ltda. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 10 de outubro de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802830017&dt_publicacao=26/10/2012. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 343**. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula343/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 590.809/RS**. Ação Rescisória versus Uniformização da Jurisprudência. Recorrente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda.

Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>. Acesso em: 07 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMPESTRINI, Hildebrando. **Como redigir ementas**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAMPESTRINI, Hildebrando. Desmistificando a ementa. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis, v. 29, n. 103, p. 153-161, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUIMARÃES, José Augusto. **Elaboração de ementas jurisprudenciais: elementos teórico-metodológicos**. Série Monografias do Conselho da Justiça Federal. Brasília: CEJ, v. 9, 2004.

JUNIOR, Osvaci Amaro Venâncio. **Redação de ementas de acórdãos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

KUKINA, Sérgio Luiz. **Espaço Cultural debate nesta quarta (26) a receita de uma ementa bem redigida** [ago.2015]. Entrevistado por: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/224160002/espaco-cultural-debate-nesta-quarta-26-a-receita-de-uma-ementa-bem-redigida>. Acesso em: 18 jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 251, ano 41, p. 275-307, jan. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. ver. atual e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com.a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em 23 jun.2019.

Kalyani Muniz Coutinho Pimentel

Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília - UnB

Especialista em Direito, Estado e Constituição pela Universidade Candido Mendes - UCAM

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

A PRIMEIRA DÉCADA DE CORTE
CONSTITUCIONAL NA INGLATERRA:
REFLEXÕES SOBRE UMA SUPOSTA VIRADA
REPUBLICANA NA MONARQUIA

Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli

**A PRIMEIRA DÉCADA DE CORTE CONSTITUCIONAL NA INGLATERRA:
REFLEXÕES SOBRE UMA SUPOSTA VIRADA REPUBLICANA NA
MONARQUIA***

***THE FIRST DECADE OF THE UNITED KINGDOM SUPREME COURT:
REFLEXIONS ON AN HYPOTHETICAL REPUBLICAN TURN IN THE
MONARCHY***

Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E MONARQUIA. 2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS. 2.2 A QUESTÃO DO *COMMON LAW*. 3 ANÁLISE DA PRIMEIRA DÉCADA DA SUPREMA CORTE. 3.1 A REFORMA DE 2005. 3.2 OS PRINCIPAIS CASOS. 3.2.1 ANO DE 2009. 3.2.2 ANO DE 2010. 3.2.3 ANO DE 2011. 3.2.4 ANO DE 2012. 3.2.5 ANO DE 2015. 3.2.6 ANO DE 2018. 3.2.7 ANO DE 2019. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Trata-se de breve estudo de direito constitucional com o objetivo de fazer uma reflexão crítica sobre a primeira década da Suprema Corte do Reino Unido, inaugurada em 2009. A finalidade é entender como uma instituição tipicamente republicana, como uma Suprema Corte, foi inserida em um Estado monárquico e os reflexos desta escolha política, bem como fazer um balanço dos seus trabalhos. O método do trabalho é análise jurisprudencial dos acórdãos da Corte, bem como análise doutrinária, usando método de direito comparado.

O resultado do estudo é que, apesar da primeira década ter sido prolífica e positiva, a Corte ainda encontra dificuldades de se firmar institucionalmente devido ao

*ARTIGO RECEBIDO EM 02.12.2020 E APROVADO EM 22.11.2021.

contexto monárquico e à ausência de uma Constituição rígida. Conclui-se que, apesar das dificuldades e da incerteza sobre seu futuro, o experimento é de alta relevância para o constitucionalismo e que, aos poucos, sua jurisprudência pode passar a ser objeto de análise de outros Tribunais constitucionais.

Palavras-chave: Direito constitucional; controle de constitucionalidade; direito comparado; jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This is a brief study of constitutional law with the objective of making a critical reflection on the first decade of the United Kingdom's Supreme Court, inaugurated in 2009. The objective is to understand how a typically republican institution - a Supreme court - was inserted in a monarchical state and the reflexes of this political choice, as well as taking stock of their work. The method of work is jurisprudential analysis of the Court's judgments, as well as doctrinal analysis, using a comparative law method.

The result of the study is that, although the first decade was prolific and positive, the Court still finds it difficult to establish itself institutionally due to the monarchical context and the absence of a rigid Constitution. It is concluded that, despite the difficulties and uncertainty about its future, the experiment is of high relevance for constitutionalism and that, little by little, its jurisprudence may become the object of analysis by other constitutional courts.

Keywords: *Constitutional law; judicial review; comparative law; constitutional jurisdiction.*

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, o Brasil comemorou trinta e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao que tudo indica, em breve a Constituição Federal de 1988 quebrará o recorde da Constituição de 1891 e terá vigido pelo maior intervalo no período republicano. Trata-se de uma conquista significativa para um país que, como seus vizinhos latino americanos, viveu uma tumultuada história institucional, sempre repleta de golpes, revoluções e todo o tipo de autoritarismo.

O texto da Constituição Federal de 1988 não é perfeito. Longe disto. Sua implementação também tem sido custosa e críticas pontuais podem ser feitas aos três Poderes da República que, em determinados casos, deixaram a desejar na sua atuação institucional. De todo o modo, ninguém duvida que é uma Constituição democrática, feita de forma legítima e que implementou no país um Estado de Direito que, se não é perfeito, ao menos pôde se aperfeiçoar nestas últimas décadas e chegar a um patamar aceitável de efetivação de direitos.

Não devemos, porém, nos ater somente ao cenário brasileiro. Nestes trinta e cinco anos, muitos eventos relevantes ocorreram no constitucionalismo mundial. Quando a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor, ainda vivíamos na Guerra Fria e o muro de Berlim ainda marcava uma rígida divisão na ordem política mundial. Com o fim da ordem estabelecida pela Guerra Fria, tornou-se tentador acreditar nas palavras do historiador norte-americano Francis Fukuyama de que a história teria chegado ao fim e viveríamos para sempre sob o domínio das democracias parlamentares, em uma espécie de era de ouro do constitucionalismo.

Fukuyama errou. O fim da Guerra Fria trouxe terrorismo, cataclisma ambiental, refugiados, operações de paz que foram muito mais violentas do que guerras formais, revoluções, pandemias e uma ordem econômica instável e marcada por crises cíclicas terríveis, que fizeram dos países periféricos reféns das decisões dos centros financeiros. O racismo, a xenofobia e o extremismo que, ingenuamente, achávamos que tinham ficado no passado, voltaram a mostrar sua horrenda face. O nacionalismo radical pôs em xeque o papel de fiador da paz que instituições transnacionais como a ONU exerciam desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

Em todo este período, o constitucionalismo também sofreu abalos. Em países da Europa, assistimos ao surgimento de uma ordem constitucional antiliberal; na América Latina, tivemos a ascensão de um estranho populismo ditatorial, que condenava povos inteiros a ciclos de miséria e autoritarismo. Não houve era de ouro para o constitucionalismo.

No meio destas turbulências, o pequeno e notável Reino Unido continuou trilhando sua centenária e pioneira história constitucional. A

união entre Escócia e Inglaterra foi e segue sendo desafiada, o país saiu da União Europeia em um movimento que alguns classificam como nacionalista e outros como expressão de soberania, foi necessário enfrentar o horror do terrorismo e uma geração inteira de jovens se viu frustrada com as perspectivas econômicas de altos custos, baixa empregabilidade e perspectivas ruins.

O constitucionalismo inglês, porém, é extremamente resiliente. Diversas reformas constitucionais instituídas nos últimos trinta anos deram à Inglaterra (e ao Reino Unido como um todo) uma nova feição constitucional. O seu Parlamento era de um bicameralismo nobiliárquico, em que a Câmara dos Lordes representava reminiscências de um sistema hereditário. Inevitavelmente, a Câmara dos Lordes se submeteu às reformas propostas pela sociedade e pela Câmara dos Comuns, a fim de adaptá-la às realidades do Século XXI. Mudando, o Reino Unido se manteve monárquico e resistiu à onda republicana que varreu o mundo (FARIAS NETO, 2011, p. 86).

Uma destas reformas foi especialmente profunda e marcante: em 2005, foi aprovada uma lei que retirava da Câmara dos Lordes a competência jurisdicional e criava um novo órgão judiciário, intitulado Suprema Corte do Reino Unido. Não é uma mudança trivial; tribunais constitucionais são instituições tipicamente republicanas e sua criação no bojo de uma monarquia parlamentar causa certa estranheza. Ainda, tribunais constitucionais têm a missão precípua de fazer o controle de constitucionalidade, o que é tarefa de dificuldade ímpar em um país que não tem uma Constituição rígida. Em 2009, a estranha Corte foi instalada.

Neste artigo, pretende-se entender a mudança e avaliar seus resultados, seja através da análise da produção jurisprudencial dos primeiros dez anos da Corte, seja através da crítica do novo arranjo constitucional britânico.

Antes de iniciarmos a análise, porém, uma advertência: o Reino Unido (a Inglaterra, melhor dizendo) está para o constitucionalismo moderno/contemporâneo assim como a Grécia está para a democracia antiga. Foi o direito inglês que nos trouxe a ideia de soberania do parlamento, a imunidade parlamentar, a legalidade, o júri, o *habeas-corpus*,

as garantias tributárias, a distinção entre governo e Estado, etc. Autores ingleses do Século XVII, como Edward Coke e William Blackstone ainda são reverenciados. Mesmo sendo nós, brasileiros, herdeiros de uma outra tradição jurídica, nossa inserção no Ocidente (mesmo que em sua periferia) nos faz legatários do constitucionalismo inglês. É certo que temos maturidade institucional para seguir nossos próprios caminhos independentemente de tendências estrangeiras, mas é igualmente certo que ordenamentos jurídicos exercem influência uns sobre os outros. Entender o processo de mudança constitucional da Inglaterra não é mera curiosidade; é necessidade.

Olhando os outros, podemos também refletir sobre nós mesmos.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E MONARQUIA

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Conforme adentramos o Século XXI, a continuidade de alguns regimes monárquicos nos causa certa perplexidade. Afinal, não deveriam as monarquias ter sido relegadas aos museus e livros de história? Faz sentido que, no Século XXI, alguns países desenvolvidos como Espanha, Holanda e Reino Unido continuem insistindo no regime monárquico?

À primeira vista, a Monarquia é uma antítese dos valores que nós, republicanos, prezamos: não há igualdade, pois acredita-se que uma pessoa (e uma família) estão destinados a ser a representação do poder do Estado; não há impessoalidade porque o Estado se identifica com uma pessoa ou família e não há possibilidade de ascensão democrática e legítima de qualquer pessoa à posição de chefe de Estado, pois a Coroa segue uma linha fixa de sucessão. Pior: não há cidadãos, mas súditos. A República, por sua vez, tem valores como virtude cívica, interesse público, bem comum, envolvimento político, responsabilidade de cada pessoa, etc. (GONÇALVES DE BARROS, 2012, p. 94-95).

É evidente que os países supracitados são, sem sombra de dúvida, Estados de Direito, que têm um ordenamento constitucional e todas as salvaguardas necessárias para fazer valer os direitos fundamentais,

começando por uma jurisdição independente. O monarca destes países não pode bulir com os direitos de qualquer cidadão; seu poder é constitucionalmente limitado.

Mesmo com a limitação constitucional, porém, não deixamos de nos indagar: por que estes países, em tudo tão desenvolvidos, não “evoluem” para um sistema republicano? Afinal, para nós, parece que a República é a evolução política natural da Monarquia; nossa própria história mostra tal caminho.

Se países desenvolvidos e democráticos optam pela Monarquia, significa que tal regime tem adesão e apoio de, pelo menos, boa parte do povo; do contrário faltaria a legitimidade (*consensus constitutionis*), tão necessária para a manutenção de um regime constitucional duradouro (BONAVIDES, 2021, p. 363). O apoio popular só é dado a um regime - qualquer que seja - quando os governantes conseguem garantir aos governados uma vida digna e pacífica. A aceitação do poder político do monarca, mesmo que limitado pela Constituição, só se dá porque há paz e prosperidade. Acima de tudo, as Monarquias têm prestígio (FIUZA, 2013, p. 165) - e se não tivessem, não mais existiriam.

A maior parte das Monarquias evoluiu, de há muito, para um sistema de constitucionalismo rígido, em que o monarca jura defender uma Constituição específica e exercer seus poderes de acordo com os limites dados por aquela Constituição. Desde o Século XVIII, o poder real se viu obrigado a ser súdito do constitucionalismo, sob pena de ser deslegitimado, o que equivaleria a uma morte política. De modo geral, o tempo fez com que o casamento entre Monarquia e constitucionalismo, à princípio tumultuado e celebrado contra a vontade dos nubentes, se tornasse mais pacífico e afetuoso. As Monarquias constitucionais, em regra, funcionam bem. O Rei se tornou um defensor da Constituição.

No Reino Unido, a situação é ligeiramente diferente. Não que o poder da Coroa não seja exercido legitimamente; sem dúvida o é; a coroa se legitima da mesma forma que qualquer regime (inclusive republicano) se legitima: pelo consenso e pela conformidade com um ideal de Justiça que vai além da mera detenção do poder (WOLKMER, 2003, p. 81). Também não é o Reino Unido avesso ao constitucionalismo; pelo contrário, talvez

este país tenha dado as maiores contribuições ao regime constitucional em toda a história. Aliás, acreditamos que é um erro dizer, como ainda se diz, que o Reino Unido não tem uma Constituição escrita. A Constituição britânica existe, é escrita e se faz muito presente na vida do país. O que o Reino Unido não tem é uma Constituição codificada. O seu direito constitucional é formado por uma série de documentos que foram feitos em momentos históricos diferentes e que, formalmente, não têm status de documento constitucional tal e qual os entendemos; os seus juristas e juizes é que, ao longo dos séculos, reconheceram àqueles documentos a força constitucional.

Pois bem, tais documentos, lidos em uníssono e de forma harmônica - e é tarefa do jurista encontrar unidade na diversidade textual, assim como o jurista brasileiro lê a Lei do Inquilinato de 1991 e o Código Civil de 2002 e deles extrai uma única norma, que é a soma dos dois textos e da interpretação correta - formam uma Constituição. Trata-se, sem dúvida, de uma Constituição elogiável, que soube acompanhar o Reino Unido através dos Séculos, vendo-o se transformar de uma pobre nação europeia em um poderoso império global e, no Século XX, em um país importante, mesmo que secundário, na ordem mundial dominada pelas superpotências. Através desta aventura constitucional, o Reino Unido teve e perdeu amplas colônias, enfrentou guerras e situações econômicas muito desfavoráveis, viveu e pacificou conflitos sociais, tudo sem quebrar os cânones do Estado de Direito. Poucos Estados podem dizer o mesmo.

É necessário, portanto, ler a *Magna Carta*, do Século XIII, a *Bill of Rights* do Século XVII e a *Human Rights Act* do fim do Século XX de forma uníssona e harmônica, sem esquecer a rica jurisprudência que permeia todo o constitucionalismo inglês. Não é tarefa simples e, para nós, republicanos, pode parecer ilógico que um país opte por tal arranjo constitucional, mas, como dito, trata-se de uma estrutura constitucional resistente e resiliente.

Ocorre que, em todos estes documentos que permeiam os Séculos e garantem um Estado de Direito, não houve menção a um controle de constitucionalidade repressivo feito pelo Poder Judiciário, seja nos moldes de uma jurisdição concreta e difusa (como há nos EUA, que partilham

boa parte da herança do *common law* inglês, apesar do arranjo republicano e da Constituição rígida), seja nos moldes de uma jurisdição direta e abstrata, nos moldes dos países europeus do pós-guerra. Simplesmente não havia um órgão constitucional que pudesse dar a última palavra sobre constitucionalidade de forma definitiva.

Podemos nos perguntar o porquê desta ausência. Uma das respostas é que o sistema britânico evoluiu de forma lenta e constante, enquanto os sistemas dos demais países evoluíram em saltos por conta dos momentos de ruptura institucional que eles sofreram. Assim, podemos dizer que o advento da República no Brasil, em 1889, e sua constitucionalização em 1891, foi uma quebra brusca na forma como encarávamos o direito constitucional. O mesmo se deu nos EUA logo após a Guerra Civil, no período conhecido como “reconstrução”, que teve na promulgação de sua 14ª Emenda à Constituição uma mudança considerável na relação federativa, bem como na Espanha monárquica e em Portugal republicano ao fim do período ditatorial conservador marcado pelos governos de Franco e Salazar, respectivamente.

Não creio que tal resposta seja totalmente satisfatória. Uma evolução lenta e constante não significa uma estagnação; uma análise mais detida mostra que o Reino Unido sempre esteve em busca de um aperfeiçoamento institucional.

Uma hipótese que acredito mais realista é a do excepcionalismo britânico. Trata-se de uma crença cultural de que o Reino Unido é excepcional entre a comunidade de nações e, por isso, a ele se aplicam regras muito próprias. Uma versão deste excepcionalismo, aliás, foi herdada pelos Estados Unidos. Ora, uma nação que se entende excepcional não se sujeita às novidades estrangeiras. O controle de constitucionalidade de via difusa e exercido de forma concreta é uma novidade norte-americana do começo do Século XIX (inaugurada no famoso caso *Roe v. Wade*, de 1801); o controle de via concentrada e de forma abstrata é uma novidade da Europa continental do Século XX. No primeiro caso, temos a inovação vinda de uma ex-colônia, com a qual o Reino Unido voltaria a guerrear em 1812; no segundo, a novidade veio de países que o Reino Unido acabara de vencer, com muito custo, em duas devastadoras guerras.

O excepcionalismo explica o porquê do Reino Unido ter resistido a um sistema de controle de constitucionalidade judicial repressivo, mas não é a única explicação. Devemos lembrar que o arranjo institucional britânico é único: o sistema divide o poder entre a Coroa e o Parlamento e faz com que o Primeiro-Ministro seja um agente político ao mesmo tempo poderoso (pois pode implementar sua agenda sem grande dificuldade) e instável (podendo ser removido a qualquer tempo), havendo ainda um delicado bipartidarismo e a existência de um órgão parlamentar apartidário como a Câmara dos Lordes. Isto tudo talvez tenha feito com que a implementação de um controle de constitucionalidade judicial e repressivo tenha sido inconveniente ao longo dos anos.

O ponto nuclear do dilema britânico, porém, está na (in) compatibilidade das Monarquias com o sistema de controle de constitucionalidade repressivo e judicial. Conforme exposto, este sistema foi desenvolvido em Repúblicas; especificamente, nos EUA do começo do Século XIX (em sua versão concreta e difusa) e na Áustria e Alemanha do pós-guerra no Século XX (em sua versão concentrada e abstrata). É verdade que a Espanha, que é uma Monarquia, tem um Tribunal Constitucional com poderes para julgar ações de constitucionalidade e resolver questões constitucionais trazidas por juízes e tribunais, mas não é menos verdade que a Holanda, que também é uma Monarquia, tem uma vedação constitucional ao *judicial review* dos atos parlamentares (art. 120 da Constituição holandesa).

O que temos que tentar responder é: o controle de constitucionalidade repressivo e judicial (*judicial review*) é incompatível com uma Monarquia? Se sim, a reforma de 2005 introduziu no sistema britânico uma “contaminação” republicana?

2.2 A QUESTÃO DO *COMMON LAW*

O trabalho de análise da (in)compatibilidade de um modelo de controle de constitucionalidade repressivo e judicial não pode passar ao largo da questão da *common law*. Não estamos falando de uma monarquia que, como a espanhola, tem uma base muito sólida no direito romano, mas de uma monarquia que não cogita outra formação jurídica que não a *common law*.

E, afinal, por que a herança da *common law* é tão relevante? Basicamente, a doutrina do *common law* é infensa à ideia de uma jurisdição abstrata; o Judiciário deve se limitar a resolver casos concretos. Tudo o que não for atinente à controvérsia concreta não é considerado vinculante e formador de precedente¹. Isto não deixa de ser uma forma de controlar o poder concedido ao Judiciário, evitando ingerência em questões que, em tese, deveriam ser deixadas ao alvedrio dos representantes eleitos da sociedade. Sabe-se, no entanto, que a questão do limite do poder jurisdicional em uma democracia é das mais tormentosas.

Voltando à questão: como o *common law* afetou a percepção jurídica de modo a causar uma rejeição à ideia de um controle abstrato de constitucionalidade? Isto será relevante para entendermos a questão da criação da Suprema Corte britânica. Ora, o *common law* é, antes de tudo, uma forma de expressão de uma cultura jurídica muito presente nos países de língua e influência inglesas e está ligada ao desenvolvimento histórico de tais países. Se analisarmos as inúmeras crises vividas pelo Reino Unido e pelos Estados Unidos - este último lidou com o trauma da escravidão por meio de uma sangrenta Guerra Civil - perceberemos que não houve um fenômeno de quebra abrupta da democracia e da criação de um regime totalitário ou algo que o valha. Assim, não foi necessário criar a figura de um Tribunal Constitucional nos moldes europeus a fim de manter o Parlamento em xeque; pelo contrário, no Reino Unido vige a ideia de supremacia do Parlamento.

Se olharmos a experiência da Áustria e da Alemanha no Século XX - ambas tocadas pelo horror no totalitarismo - perceberemos que é importante ter um Tribunal fora do Judiciário, dedicado exclusivamente a ser o guardião da Constituição (para usar a expressão que ficou célebre), que não ficasse atrelado à doutrina da *stare decisis* de tradição anglo-americana.

¹ Conforme explica Toni Fine, “A recusa de concessão do efeito do *stare decisis* ao dictum advém do compromisso do *common law* com o processo adversarial e da crença de que o juiz tem competência para decidir somente aquelas questões que são necessárias para a solução do caso que lhe é apresentado” FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo americano. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 69-70

Tais países quiseram fugir de um sistema de controle de constitucionalidade de modelo americano (que é de via difusa, de análise de casos concretos, doutrina do *stare decisis* e Suprema Corte como parte integrante do Poder Judiciário) e inaugurar um modelo próprio (SANTINI, 2016, p. 31-32).

Percebe-se, então, que a Espanha - também uma Monarquia - não teve problemas em adotar um modelo de jurisdição constitucional tipicamente europeu (via concentrada, análise de questões abstratas, Tribunal Constitucional fora do Poder Judiciário) quando da sua redemocratização. A Espanha estava, afinal, saindo de um regime antidemocrático de feições totalitárias e, tal e qual a Áustria e Alemanha haviam feito (e também por influência de tais ordenamentos), quiseram impor um controle de constitucionalidade forte, que em nada contrastou com a Monarquia espanhola (SANTINI, 2016, p. 37).

Podemos classificar - um pouco superficialmente, é verdade, mas de forma útil a este estudo - o controle de constitucionalidade em três graus de intervenção. No primeiro, o Parlamento é supremo e ele mesmo controla a constitucionalidade dos seus atos, que, aliás, não se diferenciam formalmente em constitucionais e infraconstitucionais (apesar de que a comunidade jurídica os diferenciará). Este modelo era o vigente no Reino Unido até a reforma de 2005 e a implementação da Suprema Corte em 2009².

O segundo grau de intervenção seria o modelo americano, em que o controle de constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário, de forma difusa e com base em casos concretos. Neste grau, o Poder Judiciário tem um órgão de cúpula (tal e qual a Suprema Corte dos Estados Unidos) que decide as questões constitucionalmente relevantes, que a ela chegam por

² Como bem explica Mateus Santini, “Na Inglaterra, mesmo com o desenvolvimento da teoria de Sir Edward Coke, a qual desafiava a validade dos atos do Parlamento, o princípio da supremacia do Parlamento dificultava a implementação de um efetivo controle de constitucionalidade” SANTINI, Mateus Pieroni. O controle de constitucionalidade no direito comparado: uma análise histórica e (re)interpretativa do instituto, *in* GAZZI, Fábio pinheiro (org.) *Análise do direito moderno: revisão, reinterpretção e aplicação do direito*. 1ª edição. São Paulo: Lex Editora, 2016, p. 40

recursos. O ponto mais importante é a aversão deste modelo à resolução de questões abstratas; a jurisdição se desenvolve em *cases*. É este o modelo que o Reino Unido adotou após a reforma de 2005 e que foi implementado em 2009; o modelo é uma derivação americana e permite uma jurisdição constitucional efetiva sem, no entanto, fugir dos cânones do *common law*.

O terceiro grau seria o modelo continental europeu kelseniano, em que o controle de constitucionalidade se dá de forma abstrata, por via direta e é exercido por um Tribunal Constitucional alheio ao Poder Judiciário. Tal modelo, repita-se, é típico de países que, por uma lamentável experiência totalitária ou autoritária, têm motivos para desconfiar do poder das maiorias. Não é à toa, aliás, que estes países (Áustria, Alemanha, Espanha, dentre outros) têm um governo composto por uma coalizão parlamentar (que tende a gerar um equilíbrio ideológico) enquanto países que adotam o sistema parlamentar inglês (*Westminster system*) costumam permitir ao governo uma rápida implementação do seu programa, porque o partido que apoia o governo forma uma maioria sem necessidade de coalizão.

Este terceiro grau é, de fato, incompatível com a doutrina da *common law*, e não surpreende que o Reino Unido o tenha rejeitado.

Fica claro, portanto, que a Monarquia não é incompatível com o controle de constitucionalidade, como bem demonstra a Espanha. O que ocorre é que o sistema de *common law* é incompatível com um controle de constitucionalidade exercido de forma abstrata. Este é um problema que o diálogo entre os sistemas de *common law* e *civil law*, iniciado no período do entreguerras e intensificado no pós-guerra (SACCO, 2001, p. 44-45), não soube resolver. Com efeito, o sistema de *civil law* se adaptou bem à jurisdição constitucional abstrata, que parece abominável à sistemática da *common law*.

Esta conclusão nos permite avançar porque retira alguns dos fantasmas que até então nos rondavam, tal como um suposto contágio republicano na Monarquia pela reforma de 2005. Todavia, deve-se ressaltar

que, anteriormente à reforma de 2005, a Câmara dos Lordes tinha um papel preponderante na formação de jurisprudência (através dos chamados *Law Lords*) e, sendo a Câmara dos Lordes um órgão do Parlamento e também um órgão tradicionalmente ligado à sustentação da Coroa, é possível afirmar que a Reforma de 2005 fez um novo arranjo institucional em que a Coroa sai parcialmente enfraquecida.

3 ANÁLISE DA PRIMEIRA DÉCADA DA SUPREMA CORTE

3.1 A REFORMA DE 2005

A ideia de uma reforma constitucional ampla no Reino Unido, que limitasse o papel judiciário da Câmara dos Lordes e criasse um órgão parecido com a Suprema Corte americana, tem origem na concepção de separação dos Poderes. Incomodava parte dos juristas britânicos que o órgão judiciário máximo fosse uma comissão da Câmara dos Lordes. Em 2003, o departamento de assuntos constitucionais (órgão governamental) fez circular um memorando em que concluía pela inconveniência da manutenção das funções judiciárias dos *Law Lords* (apesar de tê-los elogiado) e anunciava a intenção do governo de promover uma reforma constitucional estabelecendo uma Suprema Corte.

Evidentemente, a origem da Câmara dos Lordes como um órgão nobiliárquico não ajudou muito a sua imagem, em especial à medida que o Reino Unido foi sendo paulatinamente democratizado nos Séculos XIX e XX, por meio da expansão do direito ao voto. Já na década de 40 do Século XX, se afirmava que a Câmara dos Lordes tinha três caminhos: ser reformada (democratizada), ter sua competência esvaziada ou deixar de existir (JENNINGS, 1943, fls. 122).

Também não ajudou o fato de que, em 1998, o Reino Unido promulgou uma lei conhecida como *Human Rights Act*, que foi logo aclamada como sendo materialmente constitucional (de novo, não há distinção formal entre lei constitucional e infraconstitucional). A lei aumentava o escopo do *judicial review* e colocava ênfase na necessidade

de uma separação de Poderes mais rígida³. Isto tornou inevitável a reforma que viria a ocorrer em 2005.

Basicamente, a reforma de 2005 pode ser dividida em uma reforma da Câmara dos Lordes e em uma reforma judiciária. A reforma da Câmara dos Lordes acaba com os *Law Lords* e muda as atribuições do *Lord Chancellor*. Esta figura era a responsável por presidir a Câmara dos Lordes e também tinha um papel importante no sistema judiciário, além de ser membro nato do gabinete de governo (sendo, portanto, uma voz do Judiciário no governo). Ao mesmo tempo, tinha funções legislativas, judiciárias e executivas, o que era de todo inadequado (REVERBEL, 2015, p. 20). Após a reforma, ele deixa de presidir a Câmara dos Lordes e perde suas funções judiciais (e, conseqüentemente, o ocupante do cargo não mais precisa ter formação jurídica).

A parte judiciária da reforma cria a Suprema Corte e reorganiza o sistema judiciário para se conformar a ela. Evidentemente, com a criação da Suprema Corte, foi necessário repensar parte do sistema recursal, bem

³ A principal razão da mudança foi a necessidade constatada de que se desmembrassem as três funções/responsabilidades do Lord Chancellor, a “reunião universal” de poderes, por assim dizer, da Constituição Britânica. Combinavam-se poderes típicos do Executivo (com responsabilidade típica dos ministros do departamento de Estado, então conhecida como Gabinete do Lord Chancellor, agora Ministério da Justiça); ele era também uma espécie de presidente da assembleia, tendo competência legislativa, e também era um juiz, que participava e presidia o julgamento de recursos interpostos perante a *House of Lords* e o *Privy Council*. Além disso, havia o desejo dos puristas, no sentido de destacar ou desatrelar a House of Lords judicial da *House of Lords legislative*, de modo que (i) os Lords ficariam fisicamente separados do Legislativo e (ii) não teriam mais competência para participar de debates legislativos.” Como Lord Neuberger observou, com uma nota de agnosticismo: “concorde-se ou não com isto”, depois da Lei de 1998 sobre direitos humanos, o fato de que esta Corte tenha historicamente remanescido formalmente “parte do legislativo” estava fadado a ser visto como uma “impropriedade constitucional, pelo menos pelos juristas mais literais e puristas de direito público.” ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: Reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica”, in BARROSO, Luís Roberto/ CLÈVE, Clèmerson Merlin (orgs.). Direito constitucional: teoria geral da Constituição. 1ª edição. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011 - (coleção Doutrinas essenciais, vol. 1), p. 1356-1357

como adotar outras providências práticas, mas de forte teor simbólico e institucional, como garantir uma sede para a Suprema Corte separada do palácio do parlamento, bem como criar um brasão e regulamentos internos. A fim de garantir uma transição mais suave, os primeiros juízes da Suprema Corte foram, automaticamente, os *Law lords*, mas ficou estabelecido um método de seleção independente para os próximos juízes, que seriam escolhidos por uma comissão.

É interessante notarmos que a reforma de 2005 não tinha a intenção - ou, melhor dizendo, não tinha a intenção declarada - de dar à nova Suprema Corte um poder de controle de constitucionalidade, em que pese o fato dos antigos *Law Lords* já terem feito uma espécie de controle de compatibilidade entre uma lei antiterrorismo e leis de direitos humanos (ANDREWS, 2011, p. 1352-1363). O citado memorando não trata diretamente de controle de constitucionalidade e o resto da bibliografia consultada deixa claro que isto seria incompatível com a sistemática constitucional britânica.

Ocorre que, em uma reforma constitucional, as coisas nem sempre saem da maneira planejada. Nos EUA do Século XVIII, os delegados enviados à Convenção da Filadélfia lá foram para fazer uma revisão constitucional no primeiro documento constitucional americano, o *Articles of Confederation*. A Convenção terminou com uma Constituição inteiramente nova e muito diferente da anterior. Não é exagero dizer que a Convenção da Filadélfia saiu do controle. Da mesma forma, a nova Constituição não previa expressamente um controle de constitucionalidade; a genialidade do *chief justice* Marshall foi a responsável por criar esta doutrina, no célebre *Marbury v. Madison*. Mesmo a experiência brasileira nos mostra que, muitas vezes, a intenção do legislador acaba cedendo, posteriormente, à vontade do Poder Judiciário - e a expansão do controle concentrado de constitucionalidade por meio da ADPF nas últimas duas décadas bem o prova.

O legislador consegue controlar o escopo de uma reforma tão ampla até certo ponto. O tempo, porém, encarrega outras instituições de levar adiante a reforma. Mesmo em um sistema como o britânico, em que, em tese, há supremacia do parlamento, a tradição tem um papel essencial

na formatação das instituições jurídicas, e os primeiros anos de uma nova instituição são vitais para formar uma tradição.

Passemos agora à análise dos principais casos do primeiro decênio de existência da Suprema Corte britânica.

3.2 OS PRINCIPAIS CASOS

No primeiro decênio de existência, a Suprema Corte julgou menos de cem casos por ano, em média. Só no ano de 2017 o número de casos passou de cem e, mesmo assim, só chegou a cento e nove. Evidentemente, há casos que chegam à Corte em um ano e só são decididos em outro e há casos que começaram na Câmara dos Lordes e, com a implementação da Suprema Corte, foram por ela decididos. De todo o modo, não importa identificar números específicos; importa ter um perfil do Tribunal. E, pelos números, percebemos que se trata de um Tribunal que optou por uma competência bastante discricionária, julgando poucos casos por ano, o que significa que os casos têm maior repercussão e têm tendência de serem selecionados por conta de aspectos constitucionalmente polêmicos. O baixo número de casos também ocorre por conta do elevado custo recursal e da cultura jurídica que apregoa que recorrer não é direito da parte (REGO, 2019, p. 223).

Nesta análise, devemos nos focar, justamente, nos casos mais importantes, e tentar entender como a nova Corte exerceu sua autoridade em um país que não tem tradição de fazer um controle de constitucionalidade rígido. Os casos são importantes, mas a forma como a Corte os tratou é, para esta análise, ainda mais importante.

De longe, o caso mais relevante parece ser o *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland*, em que a Corte impôs uma limitação ao poder real. Devemos nos deter sobre tal caso de forma mais demorada.

Destacamos, em ordem cronológica, os seguintes casos. Pulamos alguns anos em que não houve casos de tanta relevância, a fim de nos focar nos casos mais importantes.

3.2.1 Ano de 2009

No ano de 2009, a Corte julgou poucos casos, porque só foi instalada no fim do ano. De todo o modo, podemos destacar dois casos. O primeiro é o *R (L) v Comr of Police of the Metropolis*, em que a Corte decidiu que a polícia pode entregar a uma escola os antecedentes criminais de uma pessoa contratada para cuidar das crianças. No caso, os antecedentes indicavam que tal pessoa fora negligente nos cuidados com seus próprios filhos. A pessoa - identificada apenas como *L* - alegou que a entrega dos antecedentes violava sua privacidade. A Corte entendeu que, apesar de haver violação à privacidade, ela é proporcional, porque os antecedentes têm, especificamente, relação com cuidados dispensados às crianças.

A Corte entendeu ainda que as pessoas que se candidatam a empregos que requerem a exibição de atestado de antecedentes criminais não renunciam tacitamente a seu direito de privacidade (do contrário a Lei de Direitos Humanos de 1998 poderia ser burlada por disposições de direito privado que determinam que as pessoas renunciam a determinados direitos) e que a polícia deve fazer uma análise em dois estágios (o primeiro diz respeito à relevância da informação e o segundo à proporcionalidade da medida).

O segundo caso, *R (E) v JFS*, trata de discriminação supostamente ilegal. Uma escola feita por e para judeus tem um critério específico para a admissão de alunos, ou seja, um critério para quem pode ser considerado judeu. Uma criança se identificava como judia, mas a sua mãe era, originalmente, católica oriunda da Itália, tendo se convertido ao judaísmo posteriormente (e em uma sinagoga não-ortodoxa), o que fez com que a escola não a reconhecesse como judia.

A Corte esclareceu inicialmente que não estava julgando o fato de uma escola ser exclusiva para judeus, mas sim uma suposta discriminação à criança pelo fato de sua mãe ser, originalmente, uma italiana católica. E, prosseguindo no julgamento, afirmou que, para haver discriminação ilegal, é desnecessário que o agente que discrimina tenha dolo, ou mesmo consciência da discriminação ilegal. A escola claramente discriminou a criança com base em sua linhagem (de novo, a mãe era uma italiana

católica que se converteu posteriormente), ou seja, foi uma discriminação étnica e, portanto, ilegal. O fato desta discriminação étnica ter sido feita com base religiosa não a descaracteriza.

O julgamento não foi, de modo algum, tranquilo. Houve votos dissidentes e muitas considerações a respeito da possibilidade de uma escola judaica usar os critérios que convém aos rabinos para decidir quem é ou não judeu para fins de matrícula.

3.2.2 Ano de 2010

No ano de 2010, destaca-se o caso *Her Majesty's Treasury v. Ahmed*. Valendo-se de uma lei de 1946 que permite que o governo tome medidas necessárias para o cumprimento de resoluções do Conselho de Segurança da ONU, o secretário de Tesouro britânico determinou o congelamento de bens de algumas pessoas suspeitas de financiar atividades terroristas, conforme determinado pelo Conselho de Segurança em virtude dos ataques terroristas de grande escala ocorridos no começo do Século XXI.

Feito o congelamento, tais pessoas iniciaram um processo judicial, afirmando, basicamente, que os seus direitos fundamentais foram violados e que a lei de 1946 foi interpretada pelo secretário de Tesouro de forma imprópria e extensiva, dando ao secretário poderes que, pela lei de 1946, ele não teria.

A Suprema Corte concordou com os peticionantes e entendeu que o Secretário do Tesouro usou a Lei de 1946 de maneira extensiva, de forma a interferir com os direitos fundamentais dos suspeitos. A Corte também afirmou que uma lei de 2001 tratava o procedimento de investigação de supostos terroristas de forma mais benéfica, devendo ser aplicada.

Extremamente interessante é uma nota feita no acórdão de que a Corte não estava, de forma alguma, indo contra a vontade do Parlamento; pelo contrário, ao afirmar que o Governo não tinha poder para limitar os direitos fundamentais sem lei específica, a Corte estava defendendo a soberania do Parlamento. Trata-se de uma nota feita sob medida para se defender, mesmo que preventivamente, da acusação de que a Corte estaria se voltando contra o Parlamento, exercendo uma espécie de controle de constitucionalidade.

3.2.3 Ano de 2011

O caso mais interessante do ano de 2011 foi “*R (on the application of GC) (FC) (Appellant) v The Commissioner of Police of the Metropolis (Respondent)*”/“*R (on the application of C) (FC) (Appellant) v The Commissioner of Police of the Metropolis (Respondent) [2011] UKSC 21*”. Algumas pessoas acusadas de crime foram presas e tiveram seus dados biométricos registrados pela polícia. Posteriormente, foram levadas a julgamento e absolvidas. Após a absolvição, requereram à polícia que destruísse seus dados biométricos, o que foi negado, dando ensejo a processo judicial.

Em uma conclusão que surpreende juristas de formação latina, a Suprema Corte entendeu que a lei que permitia à polícia manter os dados biométricos coletados por tempo indeterminado era incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas que, como o Parlamento havia expressado de forma clara que iria rever tal lei quando da próxima sessão legislativa, a Corte não precisava conceder tutela concreta determinando à polícia que fizesse a destruição, bastando a declaração de incompatibilidade.

O caso tem dois aspectos que merecem destaque: um é o fato de a Corte ter negado tutela concreta com base em uma vontade manifesta do Parlamento de mudar a lei - algo parecido com o que, na Alemanha, é chamado de “apelo ao legislador”, técnica pela qual a Corte Constitucional rejeita a declaração de inconstitucionalidade, mas pede ao legislador que se debruce sobre a questão e tente melhorar o texto legal (MENDES, 1992). No caso, porém, não houve pedido da Corte ao Parlamento, porque a própria Corte entendeu que o parlamento logo iria se dedicar à questão.

O segundo aspecto é o fato de que não foi feito um controle de constitucionalidade, devido à impossibilidade de tal procedimento no sistema inglês, mas a Corte acabou por realizar um controle de normas com base na convencionalidade; no caso, analisou-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos e um texto legal britânico foi com ela declarado incompatível.

3.2.4 Ano de 2012

No ano de 2012, o destaque foi do caso *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v Rahmatullah*. Trata-se de um caso que testou os limites do *habeas-corpus*.

Durante as operações bélicas no Iraque, as Forças Armadas britânicas prenderam um cidadão paquistanês, Yunus Rahmatullah, e o entregaram às Forças Armadas americanas, que o moveram para uma prisão militar em uma base aérea no Afeganistão.

Um memorando de entendimento feito entre diplomatas americanos e britânicos - que não é considerado tratado internacional e, portanto, não tem força jurídica - determinava que não seriam feitas transferências de pessoas capturadas pelas Forças Armadas britânicas sem que o Reino Unido desse seu assentimento e que, a qualquer momento, o Reino Unido poderia requerer a transferência de tais pessoas de volta para sua custódia. Tal memorando de entendimento foi feito para garantir a aplicação da Convenção de Genebra aos presos nas operações bélicas, já que havia dúvida sobre a aplicabilidade da referida convenção às milícias combatentes, que, formalmente, não faziam parte de nenhum exército nacional.

Assim, Rahmatullah impetrou um *habeas-corpus* perante o Judiciário britânico, requerendo que as autoridades de Estado pedissem aos EUA sua devolução às tropas britânicas. Os Estados Unidos, entretanto, afirmaram que já estavam tratando da extradição de Rahmatullah diretamente com o Paquistão. Diante de tal resposta, o Judiciário britânico considerou que a obrigação do Reino Unido terminara. Rahmatullah, porém, acionou a Suprema Corte, alegando que o esforço diplomático foi insuficiente; o secretário de Estado britânico também acionou a Corte contra a determinação do Judiciário para que tal esforço fosse feito.

A Suprema Corte decidiu que o Reino Unido não precisa ter a custódia atual do preso para conhecer do *habeas-corpus*, e que o *habeas* podia ser impetrado com base no memorando de entendimento a despeito de ele não constituir um tratado internacional e, portanto, não ser fonte de direito. Ainda, a Suprema Corte afirmou que há evidências que a detenção de Rahmatullah pelas tropas americanas é ilegal perante a Convenção de Genebra.

É interessante notarmos que o caso expande o escopo do *habeas-corpus*. Normalmente, seria aceitável dizer que, se um Estado não tem a custódia de um preso, não há como o *habeas* ser apreciado, o que resultaria na sua extinção. De fato, ao fim, o *habeas-corpus* foi extinto, mas, mesmo que em *obiter dictum*, a Corte acabou ampliando o seu escopo e sinalizando para a admissibilidade de futuros casos semelhantes.

No mais, críticos da decisão poderiam dizer que ela marca uma nítida intervenção da Corte no governo, à medida em que, para cumprir o *habeas*, foi requerido que o governo fizesse um esforço diplomático. Entretanto, a própria nota da Suprema Corte sobre o caso assegura que isto não ocorreu; o governo deveria apenas demonstrar ao Judiciário se tinha controle sobre o preso⁴.

3.2.5 Ano de 2015

No ano de 2015, a Suprema Corte julgou um caso importante sobre liberdade de expressão, que é uma liberdade caríssima ao Reino Unido. O caso, intitulado “*James Rhodes (Appellant) v OPO (by his litigation friend BHM) and another (Respondents) [2015] UKSC 32*”, trata de um pianista, James Rhodes, que escreveu uma autobiografia. Dentre outros episódios da sua vida, Rhodes narrou abusos sexuais que sofreu na infância e que o levaram a desenvolver depressão e alcoolismo.

Rhodes é divorciado e, à época, tinha um filho pequeno, que sofria de alguns problemas psiquiátricos, como síndrome de Asperger, dispraxia (transtorno neurológico de coordenação motora) e disgrafia (distúrbio da escrita em que a criança apresenta dificuldades em escrever letras).

⁴ A nota da Suprema Corte é bem incisiva neste ponto: “The issue of the writ was not an ‘instruction’ to the Government to act in any particular way or to engage in diplomacy. It merely reflected the fact that there were sufficient grounds for believing that the UK Government could obtain control over the custody of Mr Rahmatullah. What was required of them was to show whether or not control existed in fact. The decision to issue the writ did not entail any intrusion in the area of foreign policy” Disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0033-press-summary.pdf>

Por conta das dificuldades enfrentadas pela criança, a mãe (ex-esposa de Rhodes) se opôs à publicação do livro, alegando que, se a criança viesse a ler o livro (como fatalmente ocorreria), sofreria danos psicológicos. Assim, ela buscou tutela judicial para impedir a publicação do livro, alegando que seu filho, por conta das dificuldades de processar informações, sofreria grande estresse ao tomar ciência do conteúdo do livro.

Como era de se esperar, a Suprema Corte negou a tutela requerida. As principais razões do acórdão são a falta de intenção direta de ferir alguém com a publicação, a falta de comprovação denexo causal direto entre a publicação e o dano à criança e o direito de Rhodes de publicar um livro contando ao mundo a sua história, o que está incluso na liberdade de expressão.

Também em 2015, a Suprema Corte julgou o caso *Beghal (Appellant) v Director of Public Prosecutions (Respondent) [2015] UKSC 49 on appeal from [2013] EWHC 2573 (Admin)*. No caso, uma mulher (Beghal) casada com um suspeito de praticar atos terroristas na França - e que, por isso, estava em custódia em Paris - voltou à Inglaterra após visitar o marido na prisão. No aeroporto inglês, ela foi detida para interrogatório. Uma recente lei britânica antiterrorismo permitia a detenção injustificada por, no máximo, seis horas.

Após a sua liberação, Beghal buscou tutela judicial contra o Estado, alegando que ocorreu uma violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Suprema Corte entendeu que sua detenção tem base em lei e que tanto a lei como a detenção, concretamente, se deram de maneira proporcional, negando, portanto, a tutela requerida.

3.2.6 Ano de 2018

Em 2018, a Suprema Corte julgou o caso “*An NHS Trust and others (Respondents) v Y (by his litigation friend, the Official Solicitor) and another (Appellants) [2018] UKSC 46*”, em que foi contestada a necessidade de ordem judicial para o desligamento de apoio vital para pessoa em coma prolongada.

A origem do caso se deu quando um homem de cerca de cinquenta anos teve uma parada cardíaca, que gerou danos cerebrais por falta de oxigenação. Os médicos concluíram que as chances de recuperação eram pífias e, mesmo se ele viesse a acordar do coma, o cérebro estaria enormemente danificado. A sua família entendeu que a atitude mais ética era desligar os aparelhos de sustentação, permitindo que ele morresse.

A Suprema Corte - aplicando, inclusive, jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos - entendeu que, quando há unanimidade na família e entre os médicos que tratam o paciente de que não há chance de recuperação, pode haver desligamento de máquinas sem autorização judicial.

Outro caso - este, aliás, ficou internacionalmente famoso - foi o chamado *Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd.* O caso tem uma semelhança muito grande, tanto em premissas fáticas quanto na *ratio* do julgamento, com uma decisão da Suprema Corte americana, também de 2018 (*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*).

Discutia-se se um confeitiro podia se recusar a fornecer um bolo de casamento a um casal homoafetivo que se propôs a pagar o preço anunciado publicamente pelo confeitiro. A recusa dar-se-ia por conta das convicções religiosas do confeitiro, que seriam contrárias ao casamento homoafetivo.

A Suprema Corte decidiu que a recusa não ocorreu pelo fato de o comprador ser homossexual (o que consistiria discriminação), mas pelo fato de o vendedor ter impedimentos de consciência, advindos de orientação religiosa. Assim, não houve uma discriminação ilegal.

3.2.7 Ano de 2019

O ano de 2019 teve o destaque do caso que reputamos o mais importante em toda a breve história da Suprema Corte britânica. Trata-se do caso “*R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*”, que também pode ser designado, de forma muito mais sintética, de “caso Miller”.

O sistema constitucional britânico nunca teve uma ruptura formal com uma ordem anteriormente estabelecida; optou-se pela via de uma evolução lenta e gradual que deu à Monarquia a configuração que hoje tem. Salvo pelo breve período de guerra civil no meio do Século XVII (1642-1651), em que houve um regicídio e uma instável República, o sistema foi sendo paulatinamente aprimorado. Restrições ao direito real foram surgindo, primeiramente para proteger os nobres e depois os comuns. O Parlamento foi sendo fortalecido e o direito constitucional foi tomando forma.

É significativo, portanto, que em determinadas épocas surja uma lei ou decisão judicial que limite o poder do rei. A Magna Carta (1215), a *Bill of Rights* (1689), o Ato sobre o Parlamento (1911) e outros documentos marcam uma reconfiguração da relação do poder real com os órgãos de representação popular.

O caso *Miller* foi, sem dúvida, um destes momentos. Ele reconfigurou o escopo do poder real, transformando-o em algo bem mais simbólico do que foi em qualquer momento anterior. Não é exagero dizer que a Monarquia e o direito constitucional britânico não são os mesmos depois do caso *Miller*.

Há um notável ineditismo nisto. Em praticamente todas as vezes que o poder real foi seriamente desafiado, o Parlamento foi o responsável por impor as limitações, por meio de lei. É verdade que há precedentes judiciais extremamente importantes para a configuração do direito constitucional britânico, mas não em relação à limitação do poder real. Se pensarmos que, antes da reforma de 2005 e da inauguração da Suprema Corte em 2009, o órgão máximo judiciário era um comitê da Câmara dos Lordes, de fato faz sentido que as limitações tenham advindo do Parlamento, já que o Judiciário não era totalmente separado do Legislativo. Um dos objetivos explícitos da reforma, aliás, foi operar tal separação.

A premissa fática do caso é um pedido feito pelo Primeiro-ministro à Rainha para encerrar uma sessão do parlamento, permitindo que o governo ganhasse fôlego nas discussões políticas sobre a saída do Reino

Unido da União Europeia e apresentasse um novo plano de saída assim que o novo Parlamento fosse convocado. O Parlamento ficaria suspenso por cerca de cinco semanas e uma nova legislatura seria inaugurada tendo pouco tempo hábil para se manifestar coletivamente sobre o plano de saída.

Tradicionalmente, a Coroa sempre teve a prerrogativa real de convocar e suspender o Parlamento, mas, através dos Séculos, tal ato ganhou teor simbólico. A suspensão do Parlamento (“*prorogation*”) é, para o direito britânico, diferente do recesso. Durante a suspensão, todas as atividades parlamentares ficam suspensas e, quando o Parlamento volta a se reunir, as proposições legislativas da legislatura anterior são automaticamente arquivadas, devendo voltar a tramitar do início do processo legislativo. No recesso, não há sessão, mas o Parlamento continua funcionando; a supervisão do governo continua sendo feita e o processo legislativo, apesar de temporariamente interrompido, não volta à estaca zero.

É importante termos estes conceitos em mente, porque o termo inglês “*prorogation*” não deixa de ser um falso cognato com o termo português “prorrogação”, que sugeriria justamente o contrário (manter o Parlamento funcionando). Ainda, no direito brasileiro, suspensão significa, em geral, um evento que paralisa prazos, enquanto o que acabamos de descrever no que tange ao *prorogation* do Parlamento inglês se assemelha à nossa interrupção.

Feitos tais esclarecimentos, devemos admitir que o primeiro-ministro foi ousado em solicitar à Rainha a suspensão do Parlamento. De todo o modo, a Rainha aquiesceu e a ordem para a suspensão foi expedida. O caso, então, chegou pela via recursal à Suprema Corte.

A Corte começa sua análise de forma bastante cautelosa, afirmando que o que está em questão é saber se o pedido do primeiro-ministro à Rainha foi constitucional (note-se que não é dito que o julgamento trata da constitucionalidade do ato da Rainha, em si). Delimitada a questão, a Corte passa a tratar da judiciabilidade do ato da Rainha, concluindo que, pela tradição constitucional britânica, o ato pode ser analisado pelo

Judiciário; um precedente de 1611 é invocado para justificar esta decisão. Continuando, a Corte afirma que é necessário entender se uma prerrogativa real existe e, se sim, até que ponto pode ser feito o *judicial review*.

A Corte prossegue invocando dois pilares do direito constitucional britânico: a soberania do Parlamento e a *accountability* governamental. O governo é, afinal, responsável perante o Parlamento e a ele responde (tanto assim é que só governa enquanto o parlamento lhe der confiança).

A Corte concluiu que uma suspensão é inconstitucional se for feita com o propósito único de impedir que o Parlamento delibere e cumpra suas outras funções constitucionais (como supervisionar o governo). E, como ficou evidente, a suspensão pedida à Rainha pelo primeiro-ministro teve como propósito impedir a deliberação parlamentar sobre o procedimento do “Brexit”. A Corte afirma que o Parlamento - a Câmara dos Comuns, em especial - tem a prerrogativa constitucional de debater o “Brexit”, que é um evento importante na vida política britânica. Como a suspensão privou a Câmara dos Comuns de tal prerrogativa, ela é nula.

Ao fim do acórdão, a Corte foi um pouco mais longe e afirmou que não prosperava a alegação de que, pela *Bill of Rights* (1688), os procedimentos do Parlamento não podem ser rediscutidos perante o Poder Judiciário. Para a Corte, o que ocorreu foi justamente uma imposição real ao Parlamento, o que faz com que a suspensão não possa ser considerada como procedimento parlamentar (afinal, não é uma decisão do Parlamento). De maneira mais dura, a Corte afirmou que a ordem para suspender o Parlamento era equivalente a uma folha de papel em branco.

O julgamento foi unânime.

O caso *Miller* marca, então, uma virada na prerrogativa real de convocar ou suspender o Parlamento. A Corte teve o cuidado de esclarecer que a prerrogativa real continua válida, mas o modo como foi exercida em 2019 era inconstitucional, pois visava privar o Parlamento da prerrogativa de discutir questões políticas relevantes. De todo modo, uma decisão de uma Corte Constitucional não é somente relevante por seus efeitos

imediatos, mas também pelos mediatos, pelos precedentes que forma. Ficou estabelecido que os atos da prerrogativa real - alguns deles, ao menos - podem ser objeto de *judicial review*. O que antes era implícito agora ficou explícito.

Mais importante, a nova Suprema Corte conseguiu, em apenas dez anos de existência, limitar o poder real de forma inédita. Sem fazer qualquer juízo de valor sobre o erro ou acerto desta limitação em uma Monarquia, o fato é que o caso *Miller* consagrou a Suprema Corte como, de fato, a portadora da última palavra em assuntos constitucionais.

Apenas para comparar, a Suprema Corte dos Estados Unidos levou catorze anos para afirmar o seu poder de exercer o *judicial review* (os catorze anos são o período entre a promulgação da Constituição, em 1789, e o caso *Marbury v. Madison*, em 1803, que afirmou o poder da Corte de controlar a constitucionalidade das leis). E, desde então, o poder da Corte não para de crescer. É claro que, no Reino Unido, o arranjo constitucional *sui generis* conspira contra uma Corte tão poderosa, mas cabe observarmos as atividades dos próximos anos para ver como evolui a jurisprudência da nova Suprema Corte

E, claro, cumpre lembrar que a limitação do poder real feito por uma Corte em um país que, até 2009, sequer tinha uma separação nítida entre Poderes, não é pouca coisa.

4 CONCLUSÃO

Este artigo não teve a pretensão de fazer um juízo valorativo sobre a Monarquia ou a República como melhor arranjo constitucional. As características históricas de cada país é que mostrarão qual é o melhor caminho a seguir. O poder constituinte pertence ao povo e é ele quem opta por República ou Monarquia.

Nesta aurora de Século XXI, porém, em que quase todo o mundo optou pela República, é notável que alguns dos regimes constitucionais mais avançados do mundo sejam, justamente, Monarquias. Pode ser

que as Monarquias ainda tenham uma vida longa no Século XXI. Isto, certamente, nenhum constitucionalista do Século XX pôde prever.

O Reino Unido permanece como símbolo de um regime constitucional único, aferrado às tradições do passado e, ao mesmo tempo, plenamente capaz de se reinventar. Em um primeiro momento, a reforma de 2005 pareceu ter inserido um estranho elemento republicano na Constituição britânica. O tempo provou, porém, que a Monarquia britânica pode ser compatível com uma Corte Constitucional, assim como ocorre na Espanha, e que o regime jurídico do *common law* pode ser adaptado para tanto sem maiores traumas.

O regime jurídico britânico (assim como o americano) ainda não deu o grande passo de instaurar um controle de constitucionalidade repressivo e judicial na modalidade abstrata e concentrada. Quando isto ocorrer - se ocorrer - teremos que analisar se o regime do *common law* não foi definitivamente “contaminado” pelo regime continental. O tempo dirá.

Quanto à nova Suprema Corte britânica, os primeiros dez anos são muito animadores. A Corte lidou com casos complexos de maneira técnica, sem cair na armadilha do populismo ou do ativismo, e seus juízes souberam manter uma postura cautelosa. A fundamentação do seu principal caso, *Miller*, foi impecável. O acórdão conseguiu salvaguardar o parlamento de uma prerrogativa real abusivamente invocada pelo governo e, ao mesmo tempo, protegeu a Rainha por meio de uma solução que preservou seus poderes. Achar tal solução não deve ter sido uma manobra das mais fáceis, mas foi muito bem executada. O fato de o acórdão ter sido unânime acrescenta à maestria da Corte, pois sinaliza uma importante unidade que, nos Estados Unidos (para usar um exemplo de um país que usa o sistema da *common law* e também tem uma Suprema Corte) de há muito não se vê.

O que parecia, em 2005, uma reforma que preparava o terreno para um futuro regime republicano pode ser agora interpretado como uma reforma saudável, que deu ao regime constitucional monárquico do Reino Unido um necessário *aggiornamento*. E, afinal, a Monarquia britânica sempre soube se adaptar às limitações e novidades impostas pelas demais

instituições e necessárias à sua sobrevivência. Assim foi no Século XIII com a *Magna Carta*, no Século XVII com a *Bill of Rights* e agora, no fim do Século XX com a Lei de Direitos Humanos e no começo do Século XXI com a reforma constitucional. A Monarquia mudou e, através da mudança, se preservou. O mesmo pode ser dito do invejável constitucionalismo britânico.

Arrisco, por fim, uma previsão: conforme a Suprema Corte dos Estados Unidos sofre com a partidização excessiva e seu prestígio diminui, outros órgãos constitucionais ascenderão à condição de modelo no imaginário dos juristas. O Tribunal Constitucional Alemão e a Corte Constitucional da Espanha são dois exemplos de instituições que ganharam muito prestígio nos últimos anos. A Suprema Corte do Reino Unido tem tudo para ocupar um espaço privilegiado na comunidade jurídica internacional. Ela mostrou um equilíbrio fundamental entre moderação e ousadia, não caiu em tentações populistas e ativistas e, acima de tudo, tem a vantagem de ser uma Corte inserida no contexto da *common law*.

Os primeiros dez anos foram, portanto, muito bons. Ao que tudo indica, o futuro também será dos melhores.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: Reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica”, In BARROSO, Luís Roberto/ CLÈVE, Clèmerson Merlin (orgs.). **Direito constitucional**: teoria geral da Constituição. 1. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011 - (coleção Doutrinas essenciais, vol. 1).

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FARIAS NETO, Pedro Sabino de. **Ciência Política**: enfoque integral avançado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo americano**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. rev. atual. e ampli. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2013.

GONÇALVES DE BARROS, Alberto Ribeiro. Republicanismo. *In* **Manual de filosofia política**: para os cursos de teoria do Estado e ciência política, filosofia e ciências sociais. São Paulo : Saraiva, 2012.

JENNINGS, W. Ivor. **El Régimen constitucional inglés**. 1. ed. México: Fondo de Cultura Economica, 1943.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador - Appelentscheidung - Na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 188, p. 36-63, abr. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45105/47877>>. Acesso em: 04 Nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v188.1992.45105>.

REGO, Frederico Montedonio. Filtros de relevância no direito comparado: como as cortes supremas evitam a banalização de precedentes. **Revista da EMERJ**, v. 21, p. 205-235, 2019. Acesso em: 04 Nov. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1.pdf. Acesso em: 04 Nov. 2020.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-. nº 76, jul/dez. 2015. Acesso em 5/11/2020, disponível em <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/31182122-revista-76-1.pdf>

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTINI, Mateus Pieroni. O controle de constitucionalidade no direito comparado: uma análise histórica e (re)interpretativa do instituto, *In*:

GAZZI, Fábio pinheiro (org.) **Análise do direito moderno**: revisão, reinterpretação e aplicação do direito. 1. ed. São Paulo: Lex Editora, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. 4. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli

Doutor em direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP

Advogado

A DEONTOLOGIA PROCESSUAL E SUA
RELAÇÃO COM O MODELO COOPERATIVO
DE PROCESSO: A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ
OBJETIVA AO ÓRGÃO JUDICIAL

Marcelo Veiga Franco

**A DEONTOLOGIA PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM O MODELO
COOPERATIVO DE PROCESSO: A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO
ÓRGÃO JUDICIAL***

**PROCEDURAL DEONTOLOGY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE
COOPERATIVE PROCESS MODEL: THE APPLICATION OF OBJECTIVE
GOOD FAITH AT THE JUDICIAL BODY**

Marcelo Veiga Franco

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A DEONTOLOGIA PROCESSUAL COMO DESDOBRAMENTO DO MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO. 3 A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E BOA-FÉ OBJETIVA. 4 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL AO ÓRGÃO JUDICIAL. 4.1 A MORALIDADE E A ÉTICA PROFISSIONAL COMO FUNDAMENTOS DE LEALDADE E INTEGRIDADE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JUDICIAL. 4.2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO FUNDAMENTO DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO ÓRGÃO JUDICIAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O artigo se propõe a examinar a aplicação da boa-fé objetiva processual ao órgão judicial. A partir do movimento de constitucionalização do processo, busca-se construir o embasamento teórico de uma deontologia processual que encontra no modelo cooperativo de processo o espaço propício para o seu desenvolvimento. Ao final, conclui-se que a intrínseca relação entre cooperação processual, contraditório e boa-fé objetiva fornece subsídios jurídicos suficientes para determinar também ao juiz – e não somente às partes e a seus advogados –

*ARTIGO RECEBIDO EM 27.11.2020 E APROVADO EM 09.11.2021.

um padrão de comportamento colaborativo, ético e leal. O campo de estudo é o Direito Processual Civil e o método utilizado é o jurídico-teórico.

Palavras-chave: Deontologia processual; modelo cooperativo de processo; boa-fé objetiva processual; órgão judicial.

ABSTRACT

The article proposes to examine the application of procedural objective good faith to the court. Based on the movement of constitutionalization of the process, it seeks to build the theoretical basis of a procedural deontology that finds in the cooperative model of process the propitious space for its development. In the end, it is concluded that the intrinsic relationship between procedural cooperation, adversary and objective good faith provides sufficient legal grounds to also assign to the judge - and not only to the parties and their lawyers - a pattern of collaborative, ethical and fair behavior. The field of study is Civil Procedural Law and the method used is the legal-theoretical.

Keywords: *Procedural deontology; cooperative process model; objective procedural good faith; judicial body.*

1 INTRODUÇÃO

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva processual é geralmente examinada em relação às partes e seus advogados. A previsão expressa na codificação processual dos “deveres das partes e de seus procuradores” (capítulo II do título I do livro III do CPC) reforça esse cenário.

Todavia, parece passar despercebido, em boa parte das vezes, que o próprio art. 77 do CPC atribui deveres processuais a “todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”. De maneira semelhante, o art. 5º do CPC – em sintonia com o art. 52 do CPC suíço¹ e o art. 5º

¹ Art. 52. *All those who participate in proceedings must act in good faith.* (SUIÇA. *Swiss Civil Procedure Code*. 2008. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>. Acesso em: 06 out. 2020).

do *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*² – consagra o princípio da boa-fé objetiva processual como uma norma fundamental do processo civil, a qual estabelece um dever de comportamento cuja observância é obrigatória para todos aqueles que de qualquer forma participam do processo – juiz, partes, advogados e intervenientes de quaisquer espécies.

De fato, as possibilidades de ofensa ao princípio da boa-fé processual não se esgotam nos tipos expressamente previstos na legislação como caracterizadores de litigância de má-fé das partes. O dinamismo das relações processuais, a fundamentação ética do processo e a alta densidade normativa dos princípios da lealdade e da cooperação processuais, dentre outros aspectos, permitem afirmar a existência de hipóteses *atípicas* de violação à boa-fé objetiva processual – *atipicidade* que se verifica não somente com relação aos comportamentos objetivamente considerados, mas que se irradia para incidir sobre todos os sujeitos processuais.

Nesse sentido, por meio deste artigo se propõe analisar a aplicação da boa-fé objetiva processual também ao órgão judicial. A partir do movimento de constitucionalização do processo, busca-se construir o embasamento teórico de uma deontologia processual que encontra no modelo cooperativo de processo o espaço propício para o seu desenvolvimento.

2 A DEONTOLOGIA PROCESSUAL COMO DESDOBRAMENTO DO MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

O movimento de constitucionalização do direito processual eclodido nos sistemas jurídicos ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial (TROCKER, 2001, p. 384) – encampado de forma expressa pelo art. 1º do CPC – atribui ao processo uma conotação *ética*, e não apenas

² Art. 5. (*Buena fe y lealtad procesal*). *Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión, y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.* (URUGUAI. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA*. 1998. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=11_16&shop_detail=242. Acesso em: 30 out. 2020).

jurídica. A integração harmônica do conjunto de garantias processuais tuteladas pelo Estado Democrático de Direito pressupõe que o processo judicial se desenvolva em um ambiente leal. A Constituição, ao congrega os valores e as normas fundamentais, ordena a elaboração, interpretação e aplicação do processo a partir de *fundamentos deontológicos* a ele inerentes.

Nesse passo, o regime democrático consagrado no texto constitucional é suficiente para justificar uma *deontologia processual* pautada no respeito às normas fundamentais do processo civil, dentre elas a boa-fé (art. 5º do CPC). O devido processo legal, na condição de direito humano, embasa a sua *ética* no respeito ao “conjunto dos valores fundamentais da civilização e da democracia” (COMOGLIO, 2004, p. 7).

Esses “*componentes equitativos e perfis éticos-deontológicos*” proporcionam uma “abordagem *valorativa*” que “visa a consagrar de modo estável determinados *fundamentos éticos* do processo”, os quais conferem “*legitimidade e relevância jurídica*” às “*escolhas de civilidade democrática* que são destinadas a condicionar, no tempo, o máximo grau de *aceitabilidade moral* das formas de tutela judicial”. É justamente essa perspectiva deontológica que contribui para transformar o processo, de uma “*garantia de legalidade procedimental* (ou de *justiça formal*)”, em uma “*mais ampla garantia de justiça substancial*”. Assim, torna-se possível que o processo preserve “*não apenas os escopos e os perfis técnicos, mas também os aspectos éticos* do procedimento judicial”, com vistas a produzir “*resultados decisórios coerentes com os valores de equidade substancial*” (COMOGLIO, 1998, p. 270-272, 320-321, grifo do autor).

Partindo dessas premissas, infere-se que a própria “estrutura constitucional do processo” encampa garantias mínimas cuja preservação é indispensável (ANDRADE, 2010, p. 53-54). O devido processo legal capaz de assegurar uma decisão de mérito *justa* (art. 6º do CPC) requer uma convivência afinada entre os diversos princípios processuais (THEODORO JUNIOR, 2012, p. 45).

O elemento de *justiça* inerente à ideia do *due process of law* pressupõe não apenas a observância de regras e procedimentos previamente estabelecidos em lei, mas também a garantia de uma “participação

equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, on-line). A noção do *processo justo* (ou *giusto processo*, ou *procès équitable*, ou *fairen Verfahren*, ou *fair trial*) (MITIDIERO, 2011, p. 24) resguarda um “modelo garantista de jurisdição”, o qual requer, para efetivar a tutela jurídica adequada dos direitos, “boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam” como uma “condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, on-line).

O devido processo legal, como uma síntese que incorpora as múltiplas garantias processuais previstas na Constituição (DENTI, 2004, p. 71-73), agrega *valores* direcionados a assegurar um processo *justo* (ou *équico*) (COMOGLIO, 2004, p. 1-5) em termos de proteção dessas mesmas garantias processuais. A integração entre o constitucionalismo democrático, o Estado de Direito e as garantias fundamentais propiciam a materialização de um “formalismo ético” que torna intrínseca a vinculação entre a ordem jurídica e a ética a partir de um devido processo constitucional (URIBES, 2002, p. 101).

No Estado Democrático de Direito, a Constituição não se limita a afirmar o compromisso de respeito à lei, mas se direciona também à consagração de um “estatuto fundamental ético” permeado de princípios e valores (THEODORO JUNIOR *et al.*, 2015, p. 4-5). A matriz do “formalismo valorativo” viabiliza a “compreensão do processo como direito fundamental” necessariamente vinculado aos valores constitucionais (ZANETI JR., 2014, p. 42-43).

O CPC, ao enumerar as diversas normas fundamentais que alicerçam o processo civil, deixa claro que a Constituição consiste no “*mais importante capítulo do Direito Processual*” (DIDIER JR., 2012, p. 149-152). O modelo constitucional de processo propõe uma leitura dos institutos processuais à luz da Constituição, “na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

Está caracterizado um direito processual *na* Constituição (LLOBREGAT, 2009, p. 35) e que, por força da interpenetração entre garantias processuais e normas constitucionais, consagra um inafastável fundamento *ético* que institui “a todos os sujeitos do processo comportamentos sempre conforme os princípios de lealdade e de boa-fé” (COMOGLIO, 1998, p. 270-272, 307, 317; COMOGLIO, 2004, p. 05).

3 A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E BOA-FÉ OBJETIVA

O modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC está em consonância com o movimento de constitucionalização do direito processual. O Estado de Direito fundado no regime democrático fornece o embasamento teórico apropriado para a edificação de um sistema processual colaborativo (DIDIER JR., 2019, p. 159), o qual é capaz de estruturar um “quadro de eticização de comportamentos, representado pela imposição, agora, de acrescidos deveres de ordem deontológica aos vários intervenientes processuais” (LAMEIRAS, 2008, p. 124).

Nessa quadra, a boa-fé objetiva encontra no modelo cooperativo de processo o ambiente propício para a sua expansão e desenvolvimento. A consagração do modelo colaborativo de processo pressupõe o agir ético e leal de todos os sujeitos processuais, incluindo partes, advogados e juiz. A boa-fé objetiva constitui expressão da própria deontologia extraída do princípio da cooperação processual.

Não por outra razão, o CPC assenta no princípio da cooperação processual uma de suas normas fundantes (art. 6º).³ A partir do redimensionamento do contraditório como direito de influência no conteúdo da decisão judicial do qual decorre a garantia de não-surpresa (arts. 7º, 9º e 10 do CPC) (THEODORO JUNIOR, NUNES, 2009, p. 117-127), busca-se viabilizar um diálogo construtivo e horizontalizado

³ O princípio da cooperação processual é tratado neste artigo com o enfoque da colaboração dos sujeitos processuais com o processo. Dessa forma, não se examina a cooperação entre as partes (*v.g.*, negócios jurídicos processuais) e a cooperação judiciária (*v.g.*, arts. 67 a 69 do CPC).

entre os sujeitos processuais (DIDIER JR., 2005, p. 75-79). A colaboração processual traz consigo a necessidade de formação de uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz, advogados e partes (NUNES, 2011, p. 212-215), a qual proporcione a obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa, efetiva e adequada (GERALDES, 2006, p. 88-89).

Nessa perspectiva, todos os sujeitos processuais atuam como cogestores da condução do procedimento judicial e do processo de construção compartilhada da solução mais apropriada do caso concreto (OLIVEIRA, 2003, p. 113-115). A ideia é que não há apenas um único e “solipsista” (STRECK, 2011, p. 224-225) centro de gestão processual e de formação de decisões judiciais (“unicentrismo processual”). Diferentemente, vigora a concepção de que existem, no mesmo procedimento judicial, vários centros de gestão processual (“poli-centrismo processual”) (ANDRADE, 2011, p. 158-162) que participam de forma integrada do processo de resolução adequada da controvérsia (“coparticipação” ou “comparticipação”) (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 65).

O modelo de processo baseado na cooperação entre os sujeitos processuais implica uma alteração de perspectiva quanto à divisão de trabalho entre juiz, advogados e partes (MITIDIERO, 2009, p. 101-102), em prol da consagração de um ambiente de interlocução paritária, leal e de compartilhamento mútuo de responsabilidades e tarefas (COMOGLIO, 1998, p. 288). Nem as partes possuem a primazia na condução do processo nem o juiz está em posição autoritária, tendo em vista que se busca alcançar uma “união de esforços” destinada à obtenção da “justa solução do conflito em tempo razoável” (SANTOS BARREIROS, 2013, p. 260). Portanto, o processo judicial colaborativo “não se faz com protagonismos e protagonistas”, mas sim com “equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, on-line).

Ao juiz, advogados e partes cabe a corresponsabilidade de colaborar na condução do procedimento judicial (CABRAL, 2005, p. 61), por meio de condutas leais e de boa-fé, para que se alcance a solução mais adequada da disputa (GRINOVER, 1985, p. 08). Para tanto, a legislação

atribui ao magistrado o cumprimento de deveres processuais (*v.g.*, esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) (SOUSA, 1997, p. 65), além de normativamente impor, a todos os sujeitos processuais, padrões objetivos de comportamento pautados na eticidade, lealdade e boa-fé processuais (DENTI, 2004, p. 208-220; OLIVEIRA, 2008, p. 176).

Como consequência, o princípio da cooperação processual, inserido no contexto de constitucionalização do direito processual, reforça a conotação ética do processo baseada em seus próprios fundamentos deontológicos. Dito de outro modo, desenvolve-se uma deontologia pautada no respeito aos direitos e garantias fundamentais, na medida em que o processo, impregnado de valores constitucionais, carrega uma vertente axiológica que o torna não apenas uma “estrutura técnica”, mas também um “instrumento ético” que possui o “compromisso com a justiça substancial” (MADUREIRA, ZANETI JR., 2017, p. 88).

Sendo assim, a ideia da colaboração entre os sujeitos processuais é inerente ao próprio modelo constitucional de processo civil contemporâneo. Não se trata, aliás, de princípio exclusivamente consagrado na legislação brasileira. A colaboração entre os sujeitos processuais é uma tendência mundial.

A título exemplificativo, o CPC português (Lei n.º 41, de 26 de junho de 2013) dispõe, nos seus arts. 7º (1) e 8º, que “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” e que “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior” (PORTUGAL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2013, on-line).

Ainda na Europa, o *European Law Institute* e o *International Institute for the Unification of Private Law (ELI-UNIDROIT)* divulgaram as regras que servem como modelo para o processo civil europeu (*Model European Rules of Civil Procedure*), dispondo, na sua *Section 2, Rule 2*, que as partes, seus advogados e o tribunal devem cooperar para promover uma resolução da disputa justa, eficiente e célere (ELI-UNIDROIT, 2020, on-

line). A premissa projetada no referido modelo se baseia em um “dever geral de cooperação” (*duty of loyal cooperation*) que aponta para uma “ascensão do princípio da cooperação no cenário europeu” (ZANETI JR., 2018, p. 149-153).

Enfim, cooperação processual e boa-fé objetiva “caminham de mãos dadas” a fim de proporcionar um ambiente de diálogo *ético* entre os sujeitos processuais, o qual está inserido em um procedimento *leal* que viabilize os meios necessários para a construção compartilhada de uma decisão *justa* (art. 6º do CPC).

4 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL AO ÓRGÃO JUDICIAL

É possível visualizar diversos motivos que autorizam a aplicação da boa-fé objetiva processual ao órgão judicial. A necessária lealdade na condução dos processos judiciais e na prolação de decisões provém, por exemplo, de fundamentos como: a moralidade inerente à função pública atribuída constitucionalmente ao Judiciário; a ética profissional exigida para o exercício da judicatura; e o princípio da cooperação processual, do qual se extrai a obrigação do juiz de colaborar com os demais sujeitos processuais para a obtenção, em tempo razoável e sem dilações indevidas, de provimento jurisdicional adequado, efetivo e justo.⁴

4.1 A MORALIDADE E A ÉTICA PROFISSIONAL COMO FUNDAMENTOS DE LEALDADE E INTEGRIDADE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JUDICIAL

Primeiramente, a incidência do princípio da boa-fé aos magistrados é decorrência direta da sua qualidade de agente público e, portanto, sujeito a um padrão de conduta que não viole os deveres de

⁴ Não se desconhece que existem outras razões que embasam o princípio da boa-fé processual. Fredie Didier Jr. compila diversos fundamentos constitucionais apontados pela doutrina, tais como: o dever fundamental de solidariedade (art. 3º, I, da CRFB); a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB); o direito fundamental à igualdade (art. 5º da CRFB); o direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, da CRFB); a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB) (DIDIER JR., 2019, p. 138-140).

honestidade, moralidade e lealdade (*v.g.*, conforme previsto no art. 11 da Lei n.º 8.492/1992).

Acresce-se ainda o fato de que a jurisdição estatal, na condição de serviço público destinado à composição de controvérsias e à efetivação de direitos (CAPONI, 2011, p. 400-401; ANDRADE, 2020, p. 186), está subordinada aos princípios da administração pública previstos no art. 37 da Constituição, dentre eles a moralidade. Por via de consequência, aos agentes públicos investidos na condição de juízes se requer comportamento pautado na lealdade, inclusive na condução do processo judicial e na prolação de decisões.

Não por outra razão, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35/1979) estabelece como dever do magistrado “manter conduta irrepresível na vida pública e particular” (art. 35, VIII), sendo-lhe vedado adotar “procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções” (art. 56, II) – o que, certamente, inclui a atuação em processos judiciais.

Também o Código de Ética da Magistratura Nacional, ao dispor que “é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais”, prevê que o exercício da judicatura requer conduta compatível com princípios como a integridade profissional, a dignidade, a honra, o decoro (art. 1º) e a independência ética (art. 4º).

Alguns documentos internacionais de *soft law* reforçam a necessidade da integridade profissional no exercício da judicatura. A título exemplificativo, o Código Ibero-Americano de Ética Judicial enumera, dentre os vários princípios de ética judicial, a honestidade profissional, a integridade, a equidade, a independência, a imparcialidade, a transparência, a prudência, a diligência, o segredo profissional e a responsabilidade institucional (BRASIL, CÓDIGO IBERO-AMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL, 2008, on-line).

Por seu turno, os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo Judicial para o Fortalecimento da Integridade Judicial (*The Judicial Integrity Group*), com o respaldo das Nações Unidas (ONU), têm como um dos seus objetivos promover o aumento

da confiança dos cidadãos no sistema de justiça a partir da indicação de valores que devem servir como norte à atuação dos magistrados em âmbito global. Para tanto, o documento aponta os seguintes princípios que atuam para promover o balizamento da conduta ética dos magistrados no exercício da função judicial: imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência (NAÇÕES UNIDAS. PRINCÍPIOS DE CONDUTA JUDICIAL DE BANGALORE. 2002, on-line).

Portanto, a própria moralidade e ética profissional inerentes ao exercício legítimo da função judicial respaldam a necessidade de atuação processual de boa-fé por parte dos magistrados.

4.2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO FUNDAMENTO DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO ÓRGÃO JUDICIAL

É possível inferir que o CPC evidencia a incidência da lealdade processual aos juízes considerando o atual estágio de evolução do princípio da cooperação processual. O art. 6º do CPC, ao atribuir a obrigação ao magistrado – e a todo e qualquer sujeito que participa do processo – de cooperar para a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva, consagra uma exigência de colaboração que permeia a própria eticidade processual.

A qualificação de todos os sujeitos processuais – partes, advogados, juiz e intervenientes – como participantes diretos do contraditório não deixa dúvidas que também o órgão judicial se submete às normas fundamentais do processo (MANDRIOLI, 2000, p. 78), inclusive à força normativa e deontológica inerente ao dever de respeito à boa-fé processual. Afinal, o contraditório, sobretudo na sua dimensão material, não apenas confere o direito de influência às partes, mas também impõe deveres e limites ao exercício da jurisdição em prol da materialização do princípio da colaboração (CABRAL, 2005, p. 63).

Nesse contexto, a inserção do juiz no ambiente do contraditório (ANDRADE, 2018, p. 102) retrata um elemento fundamental de lealdade processual (GUINCHARD *et al.*, 2008, p. 638). Na medida em que o contraditório preventivo proíbe decisões-surpresa (ou de terceira via), inclusive quanto às questões cognoscíveis de ofício, o juiz se torna partícipe

efetivo do diálogo processual, de modo a criar as condições propícias para a obtenção de um processo equo (COMOGLIO, 2012) e de decisões judiciais qualificadas como justas – e não como mero atos de força (CHIZZINI, 2011, p. 45).

O respeito ao contraditório em suas dimensões formal (ou estática) e material (ou dinâmica) – isto é, respectivamente como bilateralidade de audiência e direito de influência do qual se extrai a garantia da não-surpresa (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 64-71) – consiste em garantia elementar de lealdade, sem o qual a justiça não passaria de mero simulacro (PERROT, 2008, p. 460). O reforço do contraditório preventivo em uma instância colaborativa expressa uma exigência de lealdade processual inerente ao direito a um processo equitativo (CADIET, JEULAND, 2006, p. 327-328).

Opera-se o redimensionamento dos clássicos brocados do *iura novit curia* e do *da mihi factum, dabo tibi ius* (NUNES, DELFINO, 2018, p. 71), na medida em que incumbe ao magistrado introduzir no espaço do debate processual todo e qualquer fundamento ainda não debatido pelas partes e que possa infirmar a conclusão do julgado, ainda que seja cognoscível *ex officio*.⁵ Dito de outro modo, o *iura novit curia* confere ao juiz a função de acertamento da relação de direito material, mas não por isso autoriza-o a surpreender as partes mediante a prolação de decisão que utilize fundamentos de fato e de direito que não foram previamente discutidos nos autos (ANDRADE, 2018, p. 115 *et seq.*).

Dessa forma, o *iura novit curia* não retira do juiz a possibilidade de conhecimento oficioso de questões jurídicas. Todavia, ao conhecer de determinada matéria – ainda que de ofício –, cabe ao órgão judicial submetê-la ao diálogo processual com as partes antes de proferir decisão sobre ela (PINHO, ALVES, 2013, p. 296).

⁵ No ponto, frise-se que parte da doutrina entende que a dimensão material do contraditório não implicou o redimensionamento do *iura novit curia*, mas sim a sua própria extinção. Por todos, Fernando Gonzaga Jayme *et al.* afirmam que “O contraditório ‘dinâmico’ pôs fim à máxima do *iura novit curia*”, tendo em vista que “O juiz não tem legitimidade para continuar a ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição do pedido formulado” (JAYME *et al.*, 2020, p. 249).

A inovação da causa mediante a adoção, pelo juiz, de fundamento de fato ou de direito sem a anterior oportunidade de prévio contraditório consiste em nulidade decisória “que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador”. A indispensabilidade de um procedimento judicial “permanentemente interacional, dialético e dialógico” deixa claro que “a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, on-line).

Portanto, o dever de consulta, previsto no art. 10 do CPC – em sintonia com o art. 16 do CPC francês⁶ –, é exemplo claro de aplicação da boa-fé objetiva ao órgão judicial. Indubitavelmente, o agir leal do juiz abrange a proibição de quebrar a legítima confiança das partes, motivo pelo qual é proibido ao magistrado “tirar da cartola” um fundamento que sequer foi objeto de prévio diálogo pelos destinatários do provimento judicial, ou por aqueles que possam se sujeitar aos efeitos da decisão (“potencialidade ofensiva”) (THEODORO JUNIOR *et al.*, 2016, p. 126).

Outrossim, a alta carga de materialidade do contraditório fortifica o dever constitucional de fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB), atribuindo ao juiz a incumbência de enfrentar todos os argumentos e provas apresentados no processo que possam, em tese, modificar a conclusão do julgado (art. 489, §1º, IV, do CPC). Se as partes são titulares do direito de influência no conteúdo das decisões judiciais, é consequência lógica que elas possuem o direito de “ver os seus argumentos considerados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*)”. Sendo assim, compete ao órgão judicial a obrigação de “considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)” (BRASIL,

⁶ Art. 16. *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* (FRANÇA. *Code de procédure civile*. Redação dada pelo Decreto n. 81-500, de 05/12/1981. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716. Acesso em: 30 out. 2020).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, on-line), o que expressa uma deontologia judicial de não violar a legítima confiança das partes de obter um provimento jurisdicional adequadamente fundamentado.

Além disso, percebe-se que também outros deveres atribuídos ao juiz pelo modelo cooperativo de processo estão associados a componentes deontológicos (SOUSA, 1997, p. 65; (FARIA, 2015, p. 154-155, 209-224).

No que se refere ao dever de esclarecimento, por exemplo, decorre de uma conduta judicial ética não somente a obrigação de o juiz sanar dúvidas quanto às alegações e pedidos das partes (*v.g.*, art. 139, VIII, do CPC), como também o compromisso de o próprio magistrado elucidar dubiedades quanto aos seus pronunciamentos (DIDIER JR., 2019, p. 160-161) e revelar eventuais fatos que possam comprometer a sua imparcialidade – tal como ocorre na necessidade de o juiz trazer à tona causas que configurem o seu impedimento ou suspeição, inclusive quanto a intervenientes processuais de quaisquer espécies (*v.g.*, configura-se de boa-fé a conduta do juiz que informa vínculo de parentesco próximo com terceiro que possui, com uma das partes, contrato de financiamento do litígio) (TEMER, 2020, p. 363-365).

Já quanto ao dever de prevenção, igualmente provém de uma postura imbuída de boa-fé processual o empenho pelo magistrado no “suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais” (art. 139, IX, do CPC). De fato, o esforço judicial de evitar que defeitos procedimentais impeçam a concretização do princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º do CPC) representa conduta processual leal, na medida em que denota a busca pela maior efetividade da jurisdição em prol da satisfação do direito material. Assim, o combate à “jurisprudência defensiva” (*v.g.*, arts. 218, §4º; 1.007, §§4º e 7º; 1.024, §5º, do CPC) e a oportunidade de correção de vícios processuais de natureza formal (*v.g.*, arts. 317; 321; 932, parágrafo único; 1.017, §3º, do CPC) espelham incidência da boa-fé processual ao órgão judicial.

Por seu turno, no que tange ao dever de auxílio – embora parte da doutrina questione a sua existência no ordenamento processual brasileiro (DIDIER JR., 2019, p. 163-164) –, deriva da cooperação processual a

conduta do juiz de colaborar com as partes para a superação de eventuais dificuldades ou empecilhos para o exercício de direitos e faculdades processuais, ou para o cumprimento de ônus, deveres ou responsabilidades processuais. Nessa quadra, o órgão judicial, ao suprir eventuais desequilíbrios processuais entre as partes, atua de forma cooperativa e imbuído de boa-fé em prol do reforço da igualdade material e da sua própria imparcialidade (SOUSA, 1997, p. 44-45)

Novamente o art. 139 do CPC, ao tratar da função judicial de direção do processo, prevê outras hipóteses de incidência da boa-fé objetiva processual ao juiz por ocasião do gerenciamento do caso. Como exemplos, pode-se mencionar as incumbências atribuídas ao magistrado de “assegurar às partes igualdade de tratamento” (inciso I); “velar pela razoável duração do processo” (inciso II); “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias” (inciso III); “promover, a qualquer tempo, a autocomposição” (inciso V); e adequar o procedimento “às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (inciso VI).

Seguramente, essas situações retratam um comportamento processual cooperativo por parte do órgão judicial na busca pela solução mais adequada, efetiva e justa ao caso concreto. Mesmo no âmbito de uma gestão processual flexível, é indispensável que se agregue a “perspectiva da colaboração”, uma vez que “a atividade de gestão processual pelo juiz não deve ser realizada em confronto com as partes, de forma unilateral, mas sim de forma colaborativa entre partes e juiz” (ANDRADE, 2020, p. 184-186).

A propósito, a associação entre cooperação processual e gerenciamento do caso (ou *judicial case management*) representa uma diretriz consolidada em ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Na Inglaterra, por exemplo, um dos objetivos das *Woolf Reforms* ocorridas no final do século XX⁷ – as quais promoveram importante

⁷ As *Woolf Reforms* foram propostas pelo Lord Harry Woolf, após convocação do Lord Chancellor no dia 28 de março de 1994, e estão registradas em dois relatórios: o Relatório Interino (*Interim Report*), entregue em junho de 1995 (WOOLF, 1995, 266 p.), e o Relatório Final (*Final Report*), disponibilizado em julho de 1996 (WOOLF, 1996, 370 p.).

reestruturação do sistema jurídico-processual civil inglês posteriormente consolidadas nas *Civil Procedure Rules – CPR*, publicadas no ano de 1998 – foi tornar a litigância menos adversarial e mais cooperativa (*litigation will be less adversarial and more co-operative*) (WOOLF, 1996, p. 5). Para tanto, institucionalizou-se o *judicial case management* com uma série de objetivos, dentre eles o encorajamento a uma postura de cooperação entre as partes (*spirit of co-operation between the parties*) e o estímulo aos métodos adequados de resolução de disputas (*alternative methods for the resolution of the dispute*) (WOOLF, 1995, p. 29-30).

Ainda na Inglaterra e após as *Woolf Reforms*, também as *Jackson Reforms*, propostas pelo *Sir Rupert Jackson* nos anos de 2009 e 2010, visaram a implementar uma mudança estrutural na cultura da litigância, a partir da migração do modelo adversarial para o cooperativo. Para esse fim, o gerenciamento judicial de casos adquire importância ao contribuir para a formação de um sistema de justiça mais distributivo (*distributive justice*), sobretudo por meio da consolidação de um sistema processual comprometido com o incentivo à colaboração e à autocomposição (SORABJI, 2014, p. 1-3, 25-30).

Finalmente, outra situação de aplicação da boa-fé objetiva processual ao órgão judicial diz respeito ao *nemo potest venire contra factum proprium*.⁸ Trata-se de prestigiar os princípios da segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima e não-surpresa, na medida em que se requer coerência no exercício da jurisdição mediante a proibição, também ao juiz, da adoção de comportamentos processuais contraditórios e sucessivos.

É o que ocorre, por exemplo, quando o magistrado profere decisão no curso do prazo de suspensão convencional do processo por ele anteriormente homologada (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, on-line); ou quando o juiz intima a parte autora para o recolhimento das custas e, posteriormente ao cumprimento da ordem

⁸ Enunciado n. 376 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 2015. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020).

judicial, julga extinto o processo, sem resolução do mérito, justamente em virtude de ausência de pagamento da despesa processual em momento oportuno (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011, online).

5 CONCLUSÃO

A incidência da boa-fé objetiva ao órgão judicial não consiste em uma afirmação revolucionária ou que causa espanto. Pelo contrário, é cabível presumir que a boa-fé se aplica à atuação processual dos juízes – assim como que os magistrados exercem as suas funções de boa-fé –, porquanto a eles se exige conduta compatível com a moralidade, lealdade e ética profissional.

Todavia, nem sempre a prática processual realça essa perspectiva. No mais das vezes, a repreensão de comportamentos processuais pautados na má-fé é visualizada unicamente sob o enfoque das partes e seus advogados, como se o magistrado estivesse imune a um controle ético das suas condutas processuais.

Nesse contexto, buscou-se construir, especialmente a partir do princípio da cooperação processual, o respaldo teórico necessário para democraticamente incluir o órgão judicial no ambiente da eticidade processual.

Certamente, não se pretende atribuir encargo excessivo e desproporcional ao juiz. Trata-se de enfrentar a exigência normativa de colaboração processual de forma séria e responsável, o que inclui, necessariamente, a imposição de deveres deontológicos a todo e qualquer sujeito que participa do processo judicial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. A efetividade do contraditório e a atuação judicial: o novo art. 10 do CPC/2015. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Processo Civil Contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil – novas tendências**: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 76, Belo Horizonte, jan./jun. 2020.

ANDRADE, Érico. **O Mandado de Segurança**: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. CÓDIGO IBERO-AMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL. 2008. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/pt/CIEJ/Codigo-Ibero-Americano-de-Etica-Judicial/>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.116.574/ES, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 14/04/2011, DJ 27/04/2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271116574%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271116574%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271116574%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271116574%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.) Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.306.463/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/09/2012, DJ 11/09/2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271306463%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271306463%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271306463%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271306463%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.) Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.676.027/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, DJ 11/10/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271676027%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271676027%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271676027%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271676027%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.) Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.268/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator do acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17/09/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95527/false>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 464.963/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 30/06/2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92447/false>. Acesso em: 30 out. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, ago. 2005.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé**. 5. ed., Paris: LexisNexis, 2006.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. **Revista de Processo**, v. 192, ano 36, São Paulo, fev. 2011.

CHIZZINI, Augusto. Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c. **Il Giusto Processo Civile**, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias constitucionais e 'justo processo' (modelos a confronto). **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: UFMG, v. 2, n. 2, mar./1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio**, 2012. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/). Acesso em: 06 out. 2020.

DENTI, Vittorio. **La Giustizia Civile**. Bologna: Il Mulino, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21. ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de processo**, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ELI-UNIDROIT. **From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure**: Model European Rules of Civil Procedure. 2020. Disponível em: <https://www.unidroit.org/work-in-progress-eli-unidroit-european-rules>. Acesso em: 27 out. 2020.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. 2015. 434 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

FRANÇA. **Code de procédure civile**. Redação dada pelo Decreto n. 81-500, de 05/12/1981. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716. Acesso em: 30 out. 2020.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 2015. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2006. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. **Procédure Civile – Droit Interne e Droit Communautaire**. 29. ed., Paris: Dalloz, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no Processo Civil. **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, v. 4, n. 5, Belo Horizonte, maio 2020.

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. *In*: BRITO, Rita (Coord.). **Regime processual experimental: simplificação e gestão processual**. Coimbra: Coimbra: 2008.

LLOBREGAT, José Garberí. **Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal**. Pamplona: Thommson Reuters, 2009.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. **Revista de Processo**, v. 42, n. 272, São Paulo, out. 2017.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile – nozioni introduttive e disposizioni generali**. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 45, Brasília, nov./dez. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. PRINCÍPIOS DE CONDUTA JUDICIAL DE BANGALORE. 2002. Grupo Judicial para o Fortalecimento da Integridade Judicial (*The Judicial Integrity Group*). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Do dever judicial de análise de todos os argumentos (teses) suscitados no processo, a apreciação da prova e a *accountability*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Processo Civil Contemporâneo**: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Baiana de Direito**: direitos fundamentais, Salvador, n. 1, jan./jun. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**, ano 33, n. 155, São Paulo, jan. 2008.

PERROT, Roger. **Institutions judiciaires**. 13. ed., Paris: Montchrestien, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 7, v. XII, Rio de Janeiro, jul./dez. 2013.

PORTUGAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE PORTUGAL. 2013. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 06 out. 2020.

SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

SORABJI, John. **English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed., Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: ‘decidir conforme a consciência’? Protogênese do protagonismo judicial. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e Processo**: entre o Direito e a Política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUIÇA. **Swiss Civil Procedure Code**. 2008. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>. Acesso em: 06 out. 2020.

TEMER, Sofia. Financiamento de litígios por “terceiros” (ou *third-party funding*): o financiador é um sujeito processual? Notas sobre a participação não aparente. **Revista de Processo**, v. 309, São Paulo, nov. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, n. 2(1), jan./jun. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, ano 34, São Paulo, fev. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè editore, anno LV, n. 2, 2001.

URIBES, José Manuel Rodríguez. **Formalismo ético y constitucionalismo**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2002.

URUGUAI. *INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA*. 1998. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=11_16&shop_detail=242. Acesso em: 30 out. 2020.

WOOLF, Harry. **Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales**. London: Woolf Inquiry Team, June 1995.

WOOLF, Harry. **Access to Justice**: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London: The Stationery Office, July 1996.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes (Org.). **Processo Civil Contemporâneo**: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Marcelo Veiga Franco

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Visiting Scholar na University of Wisconsin-Madison

Procurador do Município de Belo Horizonte/MG

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Milton Campos

Advogado

HISTORICIDADE DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS NO BRASIL: A CONSOLIDAÇÃO
DO RESPEITO À VONTADE DA SOCIEDADE

Rafael Schvez Kurkowski

HISTORICIDADE DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO BRASIL: A CONSOLIDAÇÃO DO RESPEITO À VONTADE DA SOCIEDADE

HISTORICITY OF THE VERDICT SOVEREIGNTY IN BRAZIL: THE CONSOLIDATION OF RESPECT FOR THE SOCIETY'S WILL

Rafael Schvez Kurkowski

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 EVOLUÇÃO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: A BUSCA DO RESPEITO À VONTADE DA SOCIEDADE. 2 CONSOLIDAÇÃO DO RESPEITO À VONTADE DO CONSELHO DE SENTENÇA TRADUZIDA NA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo visa, pela problematização da soberania dos veredictos, no Tribunal do Júri, ao longo da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrar que a Constituição Federal de 1988 positivou, no princípio previsto no seu artigo 5º, XXXVIII, “c”, o respeito irrestrito à vontade da sociedade contida na decisão do conselho de sentença. Com fundamento na democracia inerente ao Tribunal do Júri, que constitui instrumento de democracia participativa, o trabalho, mediante revisão bibliográfica e análise documental, sustenta que a soberania dos veredictos exige: a execução provisória da pena, no júri, imediatamente após a decisão condenatória dos jurados; a interpretação restritiva sobre a apelação prevista no artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal; e a impossibilidade da absolvição em sede de ação de revisão criminal que verse sobre crime doloso contra a vida.

Palavras-chave: Tribunal do júri; soberania dos veredictos; democracia participativa; respeito à vontade dos jurados.

*ARTIGO RECEBIDO EM 19.10.2020 E APROVADO EM 25.11.2021.

ABSTRACT

This article aims, by the study of the verdicts sovereignty, in the Jury, throughout the Brazilian juridic system evolution, to show that the Federal Constitution of 1988 has foreseen, in the principle inscribed in its article 5, XXXVIII, “c”, the unrestricted respect for the will of the society contained in the decision of the sentence council. Based on the democracy that is inherent to the Jury Court, which constitutes a participative democracy tool, this paper, through bibliographical review and documentary analysis, sustains that the verdicts sovereignty demands: the necessity of the provisional execution of the sentence of imprisonment, in the jury, immediately after the conviction by the jurors; the restrictive interpretation about the appeal provided in the article 593, III, “d”, of the Criminal Procedure Code; and the acquittal impossibility in the criminal review action that involves intentional crime against life.

Keywords: *Jury; verdict sovereignty; participative democracy; respect to the society’s will.*

INTRODUÇÃO

A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, que tem assento no artigo 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal (CF), voltou à pauta da discussão jurídica após o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) n. 118.770/SP, em março de 2017, quando a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a seguinte tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade” (BRASIL, 2017a, p. 1). Esse entendimento foi reiterado, pela Primeira Turma, no HC n. 139.612/MG, julgado em abril de 2017, ao decidir que a soberania dos veredictos justificaria a manutenção da prisão determinada pela sentença, a qual não violava o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2017b). No mesmo sentido, foi a decisão no HC 140449/RJ (BRASIL, 2018).

Sobreveio a Lei n. 13.964/2019, decorrente do *Pacote Anticrime*¹, que, ao alterar o artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP), positivou

¹ Para conferir um estudo sobre a execução provisória da pena no júri, segundo a proposta original do *Pacto Anticrime*, conferir: KURKOWSKI, 2019c.

a execução provisória da pena no júri, imediatamente após a condenação. Contudo, para o cabimento da execução imediata, foi estipulado o prazo mínimo de quinze anos de pena privativa de liberdade, o qual se considera inconstitucional, como se demonstrará mais abaixo.

Atualmente, o Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC, sob a relatoria do Ministro Barroso, com repercussão geral reconhecida, versa sobre a execução provisória da pena, no júri. O Ministro Relator apresentou voto, que fixa a seguinte tese: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada” (BRASIL, 2020)².

A soberania da decisão dos jurados consiste no motivo principal para permitir a execução provisória da pena, no júri. Ela designa o desejo manifesto do constituinte originário de conferir às decisões do júri o caráter de inalterabilidade pelo Poder Judiciário ou por parte de qualquer outro órgão do Estado, impedindo assim que as decisões do órgão do povo possam ser modificadas pelos juízes profissionais (VIVEIROS, 2003, p. 23). Mesmo que o Poder Judiciário “constate erro no julgamento, não pode substituir os jurados e proferir decisão sobre o mérito. Nesta situação, deverá submeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal do Júri” (LOUREIRO, 2017, p. 38).

A soberania do júri decorre do seu caráter democrático, especialmente da função de garantia política³ que o Tribunal do Júri representa para a sociedade, ao permitir que esta exerça o seu direito

² Até a finalização do presente trabalho, em outubro de 2020, esse Recurso Extraordinário não havia sido julgado ainda.

³ Não é objeto deste trabalho analisar, de forma exauriente, a natureza jurídica do Tribunal do Júri. Esclarece-se, apenas, que, além de garantia política, o Tribunal do Júri é uma garantia individual para o réu, quanto ao seu direito individual de ser julgado pelos seus pares, e não por um juiz togado, quando acusado da prática de crime doloso contra vida. Com pertinência, José Frederico Marques (1997, p. 100) observa que, ao qualificar o júri como garantia individual, a Constituição Federal implicitamente afirmou que o *ius libertatis* do réu exige o julgamento pelo júri. Igualmente, o Tribunal do Júri é uma garantia institucional, pois se firma como uma instituição essencial ao ordenamento jurídico que não permite a eliminação ou a restrição do júri enquanto direito individual do réu e enquanto direito coletivo da sociedade. Sobre o papel de garantia institucional do Tribunal do Júri, confira-se Ingo Sarlet (SARLET, 2015, p. 189).

social, coletivo, de julgar o réu acusado da prática de crime doloso contra a vida. As garantias políticas, segundo Suxberger (2008, p. 173), estão vinculadas a formas de desenho institucional que estabelecem controles mútuos entre os poderes políticos, controles internos dos próprios poderes e algumas formas de controle externo. O Tribunal do Júri constitui uma garantia política porque, mediante a participação do povo diretamente na função judicial do Estado, ele habilitou um controle externo sobre o Poder Judiciário. Aliás, o Tribunal do Júri constitui instrumento de democracia participativa⁴ ao permitir que a sociedade controle diretamente o Poder Judiciário⁵.

Para cumprir essa soberania, que decorre da democracia ínsita ao júri, é necessário o respeito à vontade dos jurados.

O objetivo deste artigo consiste em, mediante a análise da historicidade⁶ da soberania do júri ao longo da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, evidenciar que ela se consolidou de forma a reclamar o respeito absoluto à vontade dos jurados. Com efeito, a “expressão ‘soberania dos veredictos’ é a maior manifestação de respeito à vontade popular no restrito limite dos julgamentos do colegiado” (NASSIF, 2008, p. 21).

Por intermédio de revisão bibliográfica e análise documental, o trabalho propõe que o respeito à decisão dos jurados, para além da inalterabilidade do mérito da decisão do conselho de sentença por qualquer outro órgão, resguardada apenas a possibilidade da sua

⁴ O princípio democrático implica a democracia participativa, isto é, a “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectiva possibilidade de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir ‘inputs’ políticos democráticos” (CANOTILHO, 2003, p. 288).

⁵ Este artigo filia-se à doutrina que considera o Tribunal do Júri, não um órgão do Poder Judiciário, pois ele não figura no artigo 92 da CF, mas um órgão constitucional político autónomo que constitui instrumento de democracia participativa (NASSIF, 2008; TUCCI, 1999, p. 35; VIVEIROS, 2003, p. 23).

⁶ Pela historicidade, pretende compreender-se como que o direito atual se formou e se desenvolveu. Utiliza-se, para tanto, o exame crítico das legislações passadas com a finalidade de expor as suas sucessivas transformações de acordo com as mudanças de consciência e das condições e necessidades sociais (WOLKMER, 2015, p. 17).

rescisão, exige: o cumprimento imediato da decisão condenatória dos jurados, independentemente do limite da pena privativa de liberdade⁷; a interpretação restritiva para o provimento da apelação interposta com base no artigo 593, III, “d”, do CPP; e a impossibilidade de o tribunal *ad quem* absolver o condenado pela prática de crime doloso contra a vida em caso de procedência da ação de revisão criminal ajuizada por ele, situação em que deve ser determinada a sua submissão a um novo julgamento popular.

1 EVOLUÇÃO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: A BUSCA DO RESPEITO À VONTADE DA SOCIEDADE

Inexiste consenso doutrinário sobre a origem do Tribunal do Júri. Já se disse que ele seria proveniente das leis mosaicas, no direito bíblico (ARAÚJO, 2010, p. 22-24), dos povos escandinavos, das antigas colônias saxônicas, dos hebreus (GALVÃO, 2006, p. 6-7).

Araújo e Almeida (1996, p. 143-145) advogam que o princípio da justiça popular surgiu na Atenas clássica, pois a *polis*, de forma coletiva e democrática, mediante reuniões na ágora, criava leis em abstrato bem como criava sentenças criminais. O Areópago e a Helieia eram tribunais populares, sendo aquele encarregado de julgar os crimes de sangue.

Tucci, para quem o sistema do júri consiste na evidência de que, em qualquer agrupamento humano, a deliberação de um certo número de seus membros implica as ideias de representatividade popular e de julgamento por eles em nome do grupo, revela o embrião do Tribunal do Júri nas *quaestiones perpetuae*, em Roma. A *quaestio*, que tinha natureza pública, era integrada por um presidente, o *praetor vel quaesitor*, e por cidadãos. Oferecida a acusação, os jurados eram sorteados por uma lista pública, garantida a recusa peremptória. Encerrada a instrução, o *quaesitor*, sem exprimir a sua opinião, submetia o réu a julgamento. Os jurados,

⁷ Inexiste divergência teórica ou jurisprudencial a respeito da imediata revogação da prisão do réu que tenha sido absolvido pelo júri, consequência inclusive do artigo 596 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948 (“Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”).

mediante votação, poderiam absolver ou condenar o réu bem como proferir a conclusão de *non liquet*, a qual correspondia à remessa do feito a uma instrução mais ampla. Verificada a votação, o *quaesitor*, que não votava, proclamava o resultado, conforme a vontade dos jurados (TUCCI, 1999, p. 12-19, 23).

A identidade das características acima citadas com a forma atual do júri (escolha aleatória dos jurados mediante sorteio; investidura temporária dos jurados no direito de julgar; existência de recusa imotivada de jurado; decisão mediante votação sem a necessidade de fundamentação; respeito à decisão dos jurados, que somente pode ser anulada, mas não alterada ou substituída) dá razão a Tucci quanto à origem do sistema da justiça popular.

Frisa-se o respeito absoluto dessa forma romana de julgamento à vontade dos jurados. Segundo observa Tucci (1999, p. 14), a sentença, que era emitida com base na votação dos jurados, não se sujeitava a “qualquer espécie de revisão, exceto à *restitutio in integrum*, pronunciada por magistrado superior, em casos excepcionais e graves, como, por exemplo, a incompetência do tribunal processante, ou a inobservância de garantias fundamentais à defesa do acusado”. Daí já se percebe a ideia de soberania dos jurados, tendo em vista que a sua decisão não era passível de modificação ou de substituição por um tribunal superior, salvo a sua anulação, o que implicaria um novo julgamento pelo júri⁸.

Não obstante, a maioria da doutrina sustenta a origem do Tribunal do Júri, no seu desenho atual, com base na Magna Carta e no 4º Concílio de Latrão⁹. Pela sua importância, transcreve-se o artigo 39 da Magna Carta (BRITISH LIBRARY, 1215), que faz referência à exigência do julgamento pelos pares (*equals*):

⁸ Ao comentar sobre a soberania dos veredictos, César de Novais (2018, p. 40) advoga que o “máximo que os tribunais podem fazer é determinar a submissão do acusado a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, porém, jamais modificar o mérito da decisão popular”.

⁹ Confirmam-se, exemplificativamente: SCHIAPPA, 1993; PAULE, 1989; MOSSIM, 2008, p. 176; ARAÚJO, 2010, p. 28; TUBENCHLAK, 1990, p. 3-4; ANSANELLI JUNIOR, 2005, p. 19; MARQUES, 1995.

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land¹⁰.

Essa estrutura básica do júri foi mantida na França, que utilizou o Tribunal do Júri como um mecanismo de controle do abuso estatal no procedimento criminal (RANGEL, 2015, p. 47-48). Houve, contudo, duas sensíveis alterações do sistema inglês: para o resultado da votação, exigia-se maioria, e não unanimidade; na quesitação, em vez do quesito único do júri inglês – *guilty or not guilty* –, no sistema francês, havia mais de um quesito, tendo em vista que os jurados decidiam sobre o fato criminoso e suas circunstâncias (MARQUES, 1995, p. 69). Essas duas alterações foram acolhidas pelo Direito brasileiro, bastando, para tanto, conferir os artigos 483 e 489 do CPP.

O Brasil, mesmo antes da sua independência, sob os ares do liberalismo e do cultivo aos direitos individuais da Revolução Francesa, criou o júri, por intermédio do Decreto n. 18 de junho de 1822 (VIVEIROS, 2003, p. 12)¹¹. Este Decreto previu a competência exclusiva do júri, integrado por um juiz e 24 cidadãos escolhidos dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, para os crimes de imprensa. Garantia-se a recusa peremptória. Uma vez determinada a existência de culpa, era da competência do juiz a imposição da pena. O réu só poderia apelar do julgado para o príncipe regente.

¹⁰ Canotilho apresenta a seguinte tradução para o artigo 39 da Magna Carta: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país” (CANOTILHO, 2003, p. 492).

¹¹ O Brasil criou o júri antes de Portugal, onde a origem dessa instituição remonta ao ano 1826, quando foi aprovada a segunda Constituição portuguesa. Como anota Jóluskin (2009, p. 117), nessa época, o Tribunal do Júri “era composto por juízes e jurados, estendendo-se as suas competências a casos civis e criminais (Artigo 118.º da Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, de 29 de Abril de 1826)”.

A decisão dos jurados não era soberana, já que dela cabia recurso para o príncipe regente. Na medida em que não estava prevista nenhuma limitação para esse recurso, entende-se que a sua devolutividade era ampla, razão por que o juízo *ad quem* poderia reformar a decisão no mérito, substituindo-a por uma sua. Assim, mesmo que a decisão fosse popular, no seu princípio, a decisão final era baseada no entendimento monocrático do juízo *ad quem*.

Na sequência, a “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824, nos seus artigos 151 e 152, previu o Tribunal do Júri como órgão do Poder Judiciário, com competência para ilícitos civis e criminais, destacando-se que os jurados se pronunciavam sobre o fato, enquanto os juízes aplicavam a lei. Segundo Aramis Nassif, essa Constituição de 1824 foi qualificada por uma influência libertária, tanto que consagrou os direitos e as garantias fundamentais. Declarou, no seu artigo 179, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos baseados na liberdade, na segurança individual e no direito de propriedade. Assim “foi o início da verdadeira história do Júri brasileiro, que se confunde com o do primeiro momento emancipacionista nacional” (NASSIF, 2008, p. 16).

Em 1830, sobreveio a Lei n. 20 de setembro de 1830, a qual, para os crimes de imprensa, passou a prever o *jury de acusação*, nos seus artigos 20 a 23, que exercia o juízo de admissibilidade da acusação criminal, e o *jury de julgamento*, nos seus artigos 24 a 36, o qual, respondendo, na sala secreta e em sigilo, a quesitos, julgava o fato, condenando ou absolvendo o réu. Em caso de absolvição, competia ao juiz unicamente prolatar a sentença nesse sentido; em caso de condenação, o juiz dosava a pena, na sentença condenatória.

Essa Lei representou uma evolução ao respeito à soberania dos jurados, tendo em vista que, a despeito da previsão de cabimento de recurso quando o juiz de direito não se conformasse com a decisão dos juízes de fato, o juízo *ad quem* não substituía a sentença, prolatando outra no seu lugar, mas devolvia o processo para que, na próxima sessão, o Tribunal do Júri, integrado por jurados diversos daqueles do primeiro julgamento, decidisse novamente.

Em 1832, veio à lume o Código de Processo Criminal do Império (Lei n. 29 de novembro de 1832), que regulamentou o júri, na seara criminal. Ele manteve a divisão de atribuições entre o *Jury de acusação*, responsável pelo recebimento da acusação, e o *Jury de sentença*, com competência para a absolvição ou condenação. Vigia a regra da comunicabilidade, ou seja, os jurados conversavam entre si para deliberarem, a portas fechadas.

A soberania dos veredictos não era plena porque, da mesma forma como na Lei n. 20 de setembro de 1830, era cabível a apelação quando o juiz de direito não se conformasse com a decisão dos juízes de fato. Em caso de provimento desse recurso, realizava-se um novo julgamento por outro júri. Contudo, sustenta-se que essa apelação de ofício, além de violar o princípio da inércia da jurisdição, ofendia a soberania do júri, pois permitia que o próprio Poder Judiciário questionasse a decisão dos jurados, que deveria ser soberana. Ao menos, em caso de provimento dessa apelação, o novo julgamento deveria ser realizado por outro corpo de jurados, e não pelos juízes togados. Percebe-se, assim, um respeito, mesmo que insuficiente, à soberania do júri, já que, em última análise, a decisão final sempre seria da sociedade.

A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, empreendeu reforma que “visava retirar das mãos do povo o poder de decidir se um cidadão deveria ou não ser julgado pelo pequeno júri” (RANGEL, 2015, p. 69). Nesse sentido, o grande júri foi extinto, e a formação da culpa e a pronúncia foram atribuídas aos chefes de polícia, aos delegados, aos subdelegados e aos juízes de direito (MARQUES, 1997, p. 42). A soberania dos veredictos também estava enfraquecida porque foi mantida a apelação de ofício pelo juiz presidente do júri, hipótese em que, caso fosse provida, um novo júri apreciaria a causa.

Logo após a Proclamação da República, sobreveio o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que criou a Justiça Federal. Inaugurou-se então o júri federal, instituído por doze jurados, sorteados entre trinta e seis, destacando-se que o empate, na votação, favorecia o réu. Era da competência do júri federal o julgamento de todos os crimes sujeitos à jurisdição federal. Eliminada a apelação de ofício, cabiam contra a sentença do júri apenas a apelação voluntária e o protesto por novo júri.

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, o Tribunal do Júri foi previsto na Seção II (Declaração de Direitos) do Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), especificamente no seu artigo 72, § 31: “É mantida a instituição do jury”.

Todavia, com o início do regime republicano, o Brasil entrou no sistema de dualidade processual, ficando reservado para cada unidade da Federação o direito de elaborar as suas leis de processo judicial. A cargo das legislações estaduais passaram a competência do Tribunal do Júri e o rito processual dos seus crimes, havendo, portanto, a maior diversidade de leis sobre o assunto (FRANCO, 1950, p. 8). Alguma dessas leis previam expressamente a possibilidade de o tribunal *ad quem* absolver o réu caso se considerasse a condenação injusta, a exemplo do artigo 525, § 1º, do CPP do Estado do Rio Grande do Sul¹² (Lei n. 24 de 15 de agosto de 1898).

Diante de previsões como essa, não se garantia a soberania do Tribunal do Júri, dada a possibilidade de reforma da sua decisão pela magistratura togada.

O Tribunal do Júri enfraqueceu-se mais ainda na efêmera Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que o previu como órgão do Poder Judiciário, e não mais como direito e garantia individual do homem, nos termos do seu artigo 72. Se o júri fosse apenas um órgão do Poder Judiciário, bastaria a superveniência de uma emenda constitucional para eliminá-lo, pois ele não mais contaria com a proteção de cláusula pétrea, a qual atualmente existe no artigo 60, § 4º, IV, da CF. A soberania do júri estava completamente desprotegida, portanto.

Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 não fez referência expressa ao Tribunal do Júri. Instaurou-se controvérsia então sobre a possível revogação dessa instituição, que logo foi desfeita pelo Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, o qual regulamentou,

¹² “§1º - Si o Tribunal julgar que a sentença de condenação é injusta, no todo ou em parte, absolverá o réu, no primeiro caso, e, no segundo, lhe imporá a pena que considerar justa.”

nacionalmente¹³, o Tribunal do Júri. Na exposição de motivos desse Decreto-Lei, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, justificou a subsistência do júri perante a Constituição de 1937 com base no argumento de o regime de governo ser democrático, em relação ao qual é inerente que o “povo, além de cooperar na formação das leis, deve participar na sua aplicação” (BITTENCOURT, 1939, p. 17).

Todavia, em franca contradição a esse espírito democrático, sucedeu a possibilidade instituída pelos artigos 92, “b”¹⁴, e 96¹⁵, ambos do Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, no sentido de o tribunal *ad quem*, no julgamento de apelação interposta contra a decisão do júri, substituir o mérito desta, tanto absolvendo quanto condenando o réu. Vale dizer: o tribunal não determinava o retorno do processo para ser julgado pelo júri, mas ele próprio, mediante decisão final, condenava ou absolvía o réu. Em tentativa inexitosa de conciliar essa faculdade do tribunal *ad quem* de reformar a decisão do júri com a soberania que esta deveria ter, Magarinos Torres, um dos integrantes da comissão de juristas que elaborou o Decreto-Lei em questão, sustentou que os juízes togados deveriam julgar a apelação com base no mesmo critério dos jurados, qual seja, o da íntima convicção, pois o artigo 96 previa que eles “apreciassem livremente as provas”. Como resultado, seria assaz difícil que a conclusão dos jurados

¹³ Como observado por Ary Franco (1950, p. 17), “a Constituição de 1891 deferiu aos Estados a competência para legislar sobre o direito formal, pondo termo à unidade processual que era o regime do Império e estabelecendo a pluralidade de leis processuais. Já a Constituição de 1934 restabeleceu o regime imperial da unidade processual, o que foi mantido pela Constituição de 1937. A partir de então, o júri e o processo penal foram regulamentados nacionalmente, pelo Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, e pelo Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1942), respectivamente”.

¹⁴ “Art. 92. A apelação sómente pode ter por fundamento:
[...]

b) injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário.”

¹⁵ “Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apôio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.”

não fosse mantida pelos magistrados togados, justamente porque estes também decidiriam com base nesse critério da certeza moral (TORRES, 2008, p. 612-613).

A despeito do esforço hermenêutico de Magarinos Torres, a conclusão apresentada por Ansanelli Júnior (2005, p. 36) mostra-se inarredável: se, por um lado, o Decreto-Lei n. 167/1938 foi benéfico ao iniciar o resgate da unidade da federação quanto às leis processuais, de outro, acabou com a soberania dos veredictos, uma vez que o novo diploma legal instituiu a apelação sobre o mérito.

Essa possibilidade do controle do mérito da decisão dos jurados positivada pelo Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, repercutiu no atual Código de Processo Penal, especificamente na redação original do artigo 606, o qual dispunha que, se a apelação se fundasse na injustiça da decisão dos jurados e se o Tribunal de Apelação se convencesse de que a decisão dos jurados não encontrava apoio algum nas provas existentes nos autos, daria provimento à apelação para aplicar a pena legal, ou absolver o réu, conforme o caso.

Na sequência, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, previu o júri, no capítulo dos direitos e das garantias individuais, no § 28 do seu artigo 141. Ela conferiu ao legislador infraconstitucional ampla margem para regulamentar o instituto, desde que respeitados os seguintes limites: número ímpar dos jurados, sigilo das votações, plenitude de defesa do réu, soberania dos veredictos e competência obrigatória para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dada a incompatibilidade do Decreto-Lei n. 167/1938 (que previa a possibilidade de o tribunal *ad quem*, quando do julgamento de apelação, substituir a decisão do júri) com a exigência da soberania dos veredictos prevista pela nova Constituição de 1946, foi editada a Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948. Entre as alterações promovidas por esta, estão a revogação do artigo 606 do atual CPP (comentado acima) e a nova redação do atual artigo 593 do CPP, cuja alínea “d” do seu inciso III prevê a possibilidade da interposição do recurso de apelação contra a decisão do

júri quando esta se mostrar manifestamente contrária à prova dos autos. Na hipótese de provimento desse recurso, o juízo *ad quem* anula a decisão e devolve o julgamento ao Tribunal do Júri, para que outro conselho de sentença decida.

No período do regime militar, o Tribunal do Júri foi mantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, no seu capítulo relativo aos “direitos e garantias individuais”, especificamente no § 18 do artigo 150: “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Contudo, o júri sofreu um duro golpe com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que, redesenhando a Constituição, eliminou a previsão acerca da soberania das suas decisões, no artigo 150, §18: “É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

A retirada da expressão “soberania dos veredictos” foi intencional, já que o regime militar almejava afastar qualquer instrumento que permitisse ao povo participar do governo (ANSANELLI JUNIOR, 2005, p. 40). Desprezou-se, assim, a vontade do povo, considerando-se que o Tribunal do Júri não considerava mais a voz popular como voz da justiça (NASSIF, 2001, p. 22).

Para contornar o retrocesso democrático decorrente da Emenda Constitucional de 1969, veio à lume a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Tribunal do Júri, previsto no artigo 5º, XXXVIII, da CF, passou a contar com previsão expressa da soberania dos veredictos.

Atualmente, portanto, a magistratura togada não pode substituir a decisão dos jurados, vale dizer, não pode reformar a sentença do júri para condenar ou absolver o réu. No limite, o tribunal *ad quem*, além de alterar a dosimetria da pena imposta ao réu e corrigir a sentença contrária à lei expressa ou à decisão do conselho de sentença, pode rescindir a decisão original dos jurados para, em razão de um vício formal, submeter o réu a um novo julgamento por outro conselho de sentença. Dessa forma, a decisão

a respeito da culpabilidade do réu sempre será ditada pela sociedade, em respeito absoluto à soberania dos veredictos do júri.

Não obstante, a necessidade do respeito à soberania dos veredictos do júri imposta pelo caráter democrático do Tribunal do Júri transcende a irreformabilidade do mérito da decisão dos jurados, como será visto na seção seguinte.

2 CONSOLIDAÇÃO DO RESPEITO À VONTADE DO CONSELHO DE SENTENÇA TRADUZIDA NA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI

A análise da historicidade da soberania dos veredictos do júri acima realizada evidencia que o constituinte de 1988 exigiu o respeito irrestrito à vontade da sociedade representada pelo conselho de sentença.

A impossibilidade de essa vontade da sociedade ser substituída pelo Poder Judiciário tem como consequência imediata a proibição de o tribunal *ad quem* absolver o réu condenado pelo júri e vice-versa, como já foi visto. Ademais, há outras consequências decorrentes da soberania.

A lei não contém palavras inúteis, de modo que da sua interpretação não resultam vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis (MAXIMILIANO, 2011, p. 204). Deve ser extraído todo o potencial significativo da “soberania”, levando em conta que nem mesmo a decisão do STF foi considerada soberana pela Constituição, mas a do júri, sim. Deve ser encontrada a relevância de a Constituição relacionar a soberania como elemento fundamental da República (artigo 1º, I), como proteção da competência do júri (artigo 5º, XXXVIII, “c”) e como direito político com a previsão de que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (artigo 14, *caput*). Atente-se para que, no júri, cada voto do jurado também é direto e secreto, com valor igual para cada um.

Esta é a relação feita pela Constituição: o júri constitui instrumento de democracia participativa e permite ao cidadão comum administrar diretamente o Poder Judiciário.

Impõe-se então conferir a máxima efetividade¹⁶ ao objetivo constitucional de permitir a participação popular direta no Poder Judiciário.

Também se observa que a Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. E ela adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (HESSE, 1991, p. 11-19). Se a Constituição outorgou o julgamento dos crimes dolosos contra a vida aos cidadãos, a sua força normativa exige que todo o ordenamento jurídico seja interpretado de forma a executar essa missão.

Justamente para cumprir o objetivo constitucional – julgamento pelo povo – da maneira mais efetiva possível, sustentam-se, abaixo, três consequências derivadas da soberania dos veredictos: a exigência do cumprimento imediato da decisão condenatória dos jurados, independentemente do *quantum* da pena; a interpretação restritiva sobre a apelação prevista no artigo 593, III, “d”, do CPP; e a impossibilidade de o réu condenado pelo júri ser absolvido diretamente em sede de revisão criminal.

2.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

A decisão sobre a culpabilidade do réu acusado da prática de crime doloso contra a vida é exclusiva da sociedade. Em razão da soberania dos veredictos assegurada na Constituição Federal, essa decisão não pode ser reformada pela magistratura togada; ela pode ser apenas rescindida ou alterada em aspectos que não imunizados pela soberania, como a dosimetria da pena, por exemplo. No caso de anulação, a propósito, um

¹⁶ Segundo Canotilho (2003, p. 1224), pelo princípio da máxima efetividade, também conhecido como princípio da interpretação efetiva ou da eficiência, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.

novo conselho de sentença integrado por jurados diversos do conselho de sentença original fará o julgamento.

A sociedade sempre julgará o caso, nunca a magistratura togada. Se a decisão sobre a absolvição ou a condenação do réu, invariavelmente, é exclusiva da sociedade, na figura do conselho de sentença, inexistente motivo para não cumprir, de imediato, essa vontade soberana da sociedade. Do contrário, nega-se o próprio significado de “soberania” do veredicto.

Além disso, quando os jurados reconhecem a culpabilidade do réu (matéria de fato), o que ocorre no julgamento pelo plenário do júri, sucedem a preclusão fática e o trânsito em julgado do capítulo da sentença atinente à culpa, dada a impossibilidade de esse reconhecimento ser reformado (pode apenas ser anulado) (KURKOWSKI, 2019b, 152-157).

Mesmo o cabimento da apelação com base no artigo 593, III, “d”, do CPP, não interfere na formação dessa coisa julgada porque o resultado que dela se pode obter, a rescisão do julgado, pode ocorrer eternamente, por força da ação de revisão criminal. Fernando, Pinho e Almeida apontam que, enquanto a discussão sobre a contrariedade das provas, na apelação do artigo 593, III, “d”, do CPP, ocorre dentro do mesmo processo, na ação de revisão criminal, essa mesma discussão ocorre fora dele. Essa é a principal diferença entre o recurso de apelação e a ação de revisão criminal. Então, para afastar a execução imediata da pena, no júri, afigura-se insubsistente a “justificativa de que penderia um recurso de apelação para o Tribunal *ad quem*. Se assim fosse, o cumprimento da pena restaria prejudicado, ante a possibilidade *ad aeternum* de haver a revisão criminal” (FERNANDO; PINHO; ALMEIDA, 2021, p. 326-327).

Por outro lado, a execução provisória da pena, no júri, não viola os direitos fundamentais do réu. Para tanto, além de novos argumentos, sintetizam-se aqueles já escritos, em outros momentos, quanto à execução provisória da pena, especificamente no júri (KURKOWSKI, 2017a), bem como após o encerramento das instâncias ordinárias (KURKOWSKI, 2017b; KURKOWSKI; PIEDADE, 2017; KURKOWSKI; SUXBERGER, 2016).

A execução provisória da pena, no júri, respeita o contraditório porque o réu e seu advogado são intimados previamente durante todas as fases do procedimento bifásico do júri, sendo garantida a eles a possibilidade de contradizer todas as alegações do Ministério Público. Observa mais do que a ampla, mas a plena defesa, porque, tanto antes quanto depois da condenação, são garantidas ao réu a autodefesa, mediante o seu interrogatório, e a defesa técnica, por intermédio da atuação do seu advogado. Respeita o juízo competente porque o juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, é o Tribunal do Júri.

Igualmente é cumprido o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual, segundo Fischer (2006), é satisfeito mesmo nas ações penais originárias e no júri porque ele se contenta com o julgamento por um órgão colegiado, mesmo que originário.

Sob outro viés, Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 102) sustenta que a instituição do Tribunal do Júri constitui exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição, já que a soberania dos veredictos, prevista na Constituição Federal, significa que a decisão sobre a culpa ou a inocência do réu não pode ser revista por um tribunal superior. Há um fundamento político-jurídico para não se considerar possível ou necessária a revisão do mérito das decisões do júri por uma instância superior: “nesses tribunais [do júri] quem decide é o povo diretamente, e num sistema democrático não pode existir instância superior a ele” (DALLARI, 1996, p. 103).

Discorda-se, portanto, do Ministro Gilmar Mendes, que, no Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC, votou pela impossibilidade do cumprimento imediato da pena, no júri, em função da sedizente violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, que foi acolhido, pelo Brasil, quando este internalizou o Pacto de São José Costa da Rica.

Em vez de negar eficácia à soberania dos veredictos – providência resultante da interdição da execução provisória da pena, no júri –, basta compatibilizar esse instituto com o duplo grau de jurisdição: admite-se o recurso, desde que não sobre o mérito da questão decidida pelos jurados, ou seja, o recurso não pode resultar na reforma (substituição) da decisão do conselho de sentença.

Aliás, o CPP, no seu sistema recursal atual, é compatível com a soberania dos veredictos, no júri, pois não permite o questionamento do mérito (condenação ou absolvição) via recurso. Ele permite, no máximo, a rescisão da decisão dos jurados, condenatória ou absolutória, e apenas por uma vez.

Nesse ponto, desconhece-se doutrina ou jurisprudência que sustente a inconstitucionalidade do artigo 593, III, “d”, do CPP, por não permitir o recurso contra a essência do júri: a pretensão de reforma da decisão dos jurados. Simplesmente, a corrente que sustenta a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, no júri, deveria, pelo mesmo argumento, qual seja, a violação do princípio do duplo grau de jurisdição, advogar a inconstitucionalidade da limitação do recurso de apelação contra a decisão do júri, que não pode discutir o seu mérito.

Tampouco o princípio da presunção de inocência¹⁷ é violado pela execução provisória da pena, visto que, quando sucede o veredicto condenatório dos jurados, o Ministério Público já se desincumbiu do seu ônus probatório. Aliás, inexistente a oportunidade para a produção de outras provas.

Além disso, existem instrumentos processuais adequados para obstar a execução provisória em caso da sua ilegalidade, com destaque ao artigo 492, §§ 3º e 5º, do CPP.

Por outro lado, afigura-se inconstitucional o estabelecimento de qualquer limite de pena para permitir a execução provisória, como feito no artigo 492, especialmente no seu inc. I, alínea “e”, do CPP. O mero aspecto quantitativo da pena privativa de liberdade não tem força, sequer

¹⁷ Este trabalho considera a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade como sinônimos, na linha do que sustentam Nucci (2006, p. 53) e Nicolitt, (2014, p. 150). Não é escopo definir, à exaustão, o conceito do princípio da presunção de inocência. Este, fundamentalmente, atina ao ônus da prova e impõe ao órgão acusador o ônus de produzir as provas necessárias à condenação do réu. Este, por sua vez, está completamente desonerado da produção de provas sobre a sua inocência. No mais, para uma análise mais completa sobre o princípio em tela, confira-se KURKOWSKI; PIEDADE, 2017.

pertinência, para influir na soberania dos veredictos, a qual fundamenta o cumprimento imediato da pena.

Sob a perspectiva da prevenção geral positiva, a execução da pena é necessária para o Estado lograr comunicar aos cidadãos fiéis ao Direito que a norma questionada pelo criminoso continua vigente (JAKOBS, 1996). A execução provisória é premente, nesse contexto, porque, se ela demorar, aumentarão significativamente as chances de falha na transmissão da mensagem que o transmissor (Estado) deve repassar ao receptor (cidadãos fiéis ao Direito). Logo, o montante da pena não tem pertinência nenhuma à prevenção geral positiva que o cumprimento imediato da prisão-pena, no júri, exerce: seja uma pena maior, seja uma menor, a prevenção geral positiva demanda o seu cumprimento imediato.

Por outro lado, o limite de quinze anos de reclusão também não se sustenta em função da ausência de razoabilidade.

Pela razoabilidade, que atina a uma relação entre critério e medida, a interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Fala-se então nos deveres de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (ÁVILA, 2004, p. 107). O critério deve guardar congruência e se fundamentar na natureza das coisas em relação à medida para então ser razoável.

Pela congruência, a “razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada” (ÁVILA, 2004, p. 107). Se restar ausente a congruência entre o critério e a medida adotada, aquele não é razoável.

Já a natureza das coisas consiste em um critério teleológico-objetivo de interpretação e se relaciona à “exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual; ela exige ao legislador e, dado o caso, ao juiz que diferencie adequadamente” (LARENZ, 1997, p. 594-595). Assim sendo, se, pela natureza das coisas, não houver razão para a diferenciação, o critério para estabelecer essa diferenciação não se mostra razoável.

Então: o critério “pena de quinze anos de reclusão” mostra-se pertinente à medida “execução provisória da pena”? Não: esse critério peca por não respeitar a natureza das coisas (Tribunal do Júri), tampouco por não demonstrar congruência.

A natureza do Tribunal do Júri, de instrumento de democracia participativa que concretiza a soberania popular, exige o cumprimento imediato da decisão soberana do conselho de sentença. Em consequência, o estabelecimento de um critério – quinze anos de reclusão – a partir do qual se cumpre provisoriamente a pena infringe a natureza das coisas, pois não há razoabilidade para diferenciar a execução provisória da pena, no rito dos crimes dolosos contra a vida, segundo o montante da própria pena objeto da condenação.

O critério de quinze anos de reclusão também não respeita a natureza hedionda do homicídio qualificado (artigo 1º, I, da Lei n. 8.072/1990). A Constituição determina, no seu artigo 5º, XLIII, um tratamento penal material (prisão pena) e processual penal (prisão processual) mais severo aos crimes hediondos e equiparados. Não obstante, no caso de homicídio qualificado, falta razoabilidade ao critério que deixa de determinar a execução provisória da pena arbitrada em catorze anos e onze meses, mas determina essa medida para a pena de quinze anos e um mês, por exemplo.

Assim, diante da ausência de pertinência, o critério – quinze anos de reclusão – tampouco evidencia congruência em relação à medida – execução provisória da pena.

A limitação à pena de quinze anos de reclusão também não se sustenta porque ofende o princípio da igualdade. Por exemplo: dois réus são condenados por homicídio qualificado cometido em concurso de agentes; pela pessoalidade das circunstâncias judiciais (artigo 59 do CP), um réu é condenado a catorze anos e dez meses de reclusão, enquanto o outro, a quinze anos e dois meses de reclusão. O princípio da igualdade não tolera que, no contexto em que o montante da pena é indiferente para determinar o seu cumprimento provisório, ainda mais em se tratando de crime hediondo, o primeiro réu, que foi condenado pelo mesmo crime

praticado pelo segundo réu, não tenha a execução provisória da pena determinada. Não obstante a pena tenha sido diferente, a isonomia é aviltada porque a execução provisória da pena está justificada nas duas situações.

Dessa forma, inexistente qualquer razão para a adoção arbitrária do *discrimen* de quinze anos de reclusão. Destaca-se a inexistência de qualquer justificativa escrita ou mesmo verbal para esse limite, durante a tramitação do Projeto de Lei que resultou na Lei n. 13.964/2019, cuja redação original não previa nenhum limite¹⁸.

Ante essas considerações, “tem cabimento a interpretação conforme a Constituição com redução de texto para afastar, do artigo 492 do CPP, a limitação de quinze anos de reclusão” (KURKOWSKI, 2020, p. 443).

Fazendo referência à argumentação acima expendida, tanto o Procurador-Geral da República como o Ministro Relator, no Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC, manifestaram o seu entendimento pela declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (BRASIL,

¹⁸ Consta do voto do Ministro Barroso, no Recurso Extraordinário n. 1235340/SC: “Trecho de artigo de autoria do Dr. Rafael Schwez Kurkowski (Estudo sobre a execução provisória da pena no júri estabelecida pela Lei n. 13.964/2019): ‘A Lei n. 13.964/2019 decorreu do Projeto de Lei n. 10.372/2018, ao qual foram apensados o Projeto de Lei n. 10.373/2018 e o Projeto de Lei n. 882/2019. O Projeto de Lei n. 882/2019, originalmente, previu medidas para aumentar a efetividade do júri. Entre elas, conferiu nova redação ao art. 492, I, “e”, e §§ 3º ao 6º, do CPP, para estabelecer, fundamentalmente, a execução provisória da pena privativa de liberdade a que o réu for condenado, no plenário do júri, independentemente do seu quantum. No dia 04/12/2019, a despeito do parecer favorável a essa nova redação do art. 492 do CPP pelo grupo de trabalho constituído para analisar os três referidos Projetos de Lei (“GT Penal”), o Deputado Relator de Plenário alterou a redação original do Projeto de Lei n. 882/2019, passando a admitir a execução provisória da pena no Tribunal do Júri apenas na hipótese de a condenação ser igual ou superior a quinze anos de reclusão. Essa última redação do art. 492 do CPP foi aprovada e, diante da ausência de veto pelo Presidente da República, convolou-se na Lei n. 13.964/2019. No histórico da tramitação do Projeto, não consta justificativa escrita para essa alteração que limitou a partir de quinze anos de reclusão a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. Tampouco, no dia da sessão de aprovação, foi apresentada justificativa verbal” (BRASIL, 2020).

2020). No pertinente, destaca-se a seguinte fundamentação do Ministro Relator, Roberto Barroso:

7. A exequibilidade das decisões tomadas pelo corpo de jurados não se fundamenta no montante da pena aplicada, mas na soberania dos seus veredictos. É incompatível com a Constituição Federal legislação que condiciona a execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri ao patamar mínimo de 15 anos de reclusão. Necessidade de interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, para excluir do art. 492 do CPP, com a redação da Lei nº 13.964/2019, o limite mínimo de 15 anos para a execução da condenação imposta pelo corpo de jurados (BRASIL, 2020).

Então, é devida a execução provisória da pena, no júri, porque ela é exigência da soberania dos veredictos; porque respeita os direitos fundamentais do réu; e porque pode ser obstada em caso de ilegalidade.

2.2 RESTRIÇÃO INTERPRETATIVA QUANTO À APELAÇÃO DO ARTIGO 593, INCISO III, “D”, DO CÓDIGO PENAL

Com base no artigo 593, III, “d”, do CPP, cabe apelação, contra a decisão do júri, quando ela for “manifestamente” contrária à prova dos autos. Segundo o artigo 593, §3º, do CPP, esse recurso somente pode ser interposto por uma vez, independentemente da parte que tenha recorrido (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 104).

Qual o significado de decisão “manifestamente” contrária à prova dos autos?

Antes da resposta, extrai-se imediatamente a seguinte ilação: a decisão meramente contrária à prova dos autos, segundo a concepção do juízo recursal, não permite o cabimento do recurso sob estudo.

A decisão apresenta-se manifestamente contrária à prova dos autos quando ela não encontra respaldo mínimo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída do processo.

Se houver mais de uma versão probatória – uma apontando para a condenação do réu e a outra para a absolvição –, a decisão dos jurados,

segundo a sua íntima convicção, não pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos. Para Nucci (2015, p. 484), “não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir”.

No contexto da revisão criminal, a qual exige, para o seu cabimento, a simples contrariedade da sentença à evidência dos autos (artigo 621, I, do CPP¹⁹), em vez da “manifesta” contrariedade exigida pela apelação (artigo 593, III, “d”, do CPP²⁰), o STF, no Recurso Extraordinário n. 113.269/SP, assim decidiu: “Só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apoia ela em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação” (BRASIL, 1987, p. 832). Mesmo que esse julgado seja anterior à Constituição Federal de 1988, já se observa o profundo respeito pela soberania dos veredictos, a qual estava positivada no § 28 do artigo 141 da Constituição anterior (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946).

O Superior Tribunal de Justiça, no HC n. 104.547/SP, mantendo a condenação do réu, observou a possibilidade da “cassação do veredicto se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo” (BRASIL, 2014, p. 1). Também preservando a condenação, o STJ, no HC 470.517/SP, pontificou que se permite a anulação do julgamento, quando a tese acolhida pelos jurados não encontra respaldo mínimo no contexto probatório, “situação em que os jurados decidem

¹⁹ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

²⁰ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

[...]

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

[...]

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

arbitrariamente, divergindo de toda e qualquer evidência probatória” (BRASIL, 2019b, p. 1).

Por outro lado, a especialidade do rito do júri torna assaz difícil que uma decisão condenatória possa contrariar, de forma manifesta, a prova. O contexto probatório passa por diversos “filtros” que impedem que o conselho de sentença julgue uma acusação desprovida de elementos mínimos de prova. O indiciamento no inquérito policial, o oferecimento da denúncia criminal, o recebimento da denúncia, o afastamento pelo juízo da absolvição sumária e a pronúncia evidenciam a existência de prova mínima suficiente para o reconhecimento da materialidade e da autoria do crime doloso contra a vida.

Mais especificamente, a pronúncia, verdadeiro instrumento de garantia do acusado (RANGEL, 2015, p. 146), constitui o filtro mais eficiente para impedir que os jurados possam apreciar um processo em que não exista prova suficiente para a condenação. Segundo o artigo 413 do CPP, o juiz somente pode pronunciar se houver certeza da materialidade (existência do crime) e indícios suficientes de autoria ou de participação.

A pronúncia exige prova – judicializada – da materialidade e indícios suficientes, sérios, de autoria ou participação do réu²¹ bem como comporta recurso até o STF. Simples elementos de informação colhidos ao longo da fase de investigação, se não confirmados por prova judicial ao término do *judicium accusationis*, não permitem o prosseguimento do processo. Percebe-se, portanto, que a pronúncia exige prova produzida na fase judicial, perante o juiz natural, com a observância do devido processo legal e do contraditório, para permitir que o réu seja julgado pelo conselho de sentença.

Por consequência, o conselho de sentença não julga “aventuras jurídicas”, e inexistente o risco de os jurados incorrerem em tirania ao condenar, sem motivos, o réu. De fato, em um exemplo hipotético, se nenhuma prova for produzida após a pronúncia, já existe um lastro probatório que, constituindo indícios suficientes de autoria ou participação, permite tanto

²¹ Pacelli e Fischer (2012, P. 848) são incisivos, neste ponto: “na pronúncia há de se ter *certeza* da *materialidade* e *indícios* suficientes de autoria ou de participação do agente”.

a condenação quanto a absolvição do réu, tudo a depender da íntima convicção dos integrantes do conselho de sentença. Nesse caso, eventual condenação pelos jurados não poderá caracterizar decisão manifestamente contrária à prova, justamente porque a pronúncia já reconheceu a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação²².

Porque a pronúncia assegura viabilidade condenatória do réu, o número de absolvições, no júri, é proporcionalmente menor do que o das absolvições no rito comum. Esta foi a constatação do Conselho Nacional de Justiça, em estudo estatístico realizado sobre o júri:

As absolvições não atingem a quinta parte dos processos decididos [...] É possível conjecturar que a própria dinâmica do procedimento do Tribunal do Júri exerça uma influência nesses resultados. *A sentença de pronúncia já veicula uma manifestação judicial formal no sentido da materialidade do crime e dos indícios de autoria* e, muito embora esteja assentada em um juízo prelibatório, seu conteúdo, somado à atuação do Ministério Público na persecução criminal, reforçam uma posição inicial do Estado pela punição do réu cujas influências sobre o Conselho de Sentença ainda estão por ser melhor estudadas (grifos nossos) (BRASIL, 2019a, p. 14).

Dessa sorte, se o réu interpuser apelação com base no artigo 593, III, “d”, do CPP, a soberania dos veredictos prevista constitucionalmente impõe que o tribunal *ad quem* faça uma interpretação restritiva sobre essa hipótese. Apenas poderá ser provida essa apelação se a tese acolhida pelo Conselho de Sentença não encontrar mínimo lastro probatório, “situação em que os jurados decidem arbitrariamente, divergindo de toda e qualquer evidência probatória”, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 218.476/RN (BRASIL, 2013a, p. 1)

²² No mesmo sentido, James Tubenchlak (1990, p. 149) é percuciente: “pronunciado o réu, se ao final da segunda fase probatória, - a do *judicium causae* – os Senhores Jurados entenderem que o réu é realmente culpado, este jamais poderá lograr êxito em recurso de apelação fundada em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto o Júri nada mais fez do que aceitar e referendar a vertente probatória já realçada na pronúncia”.

2.3 IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL AJUIZADA CONTRA A CONDENAÇÃO PELO JÚRI

A revisão criminal, cabível nas hipóteses do artigo 621 do CPP, se julgada procedente, pode, nos termos do artigo 626 do CPP, alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

No caso do júri, todavia, uma interpretação conforme²³ do artigo 626 do CPP com o artigo 5º, XXXVIII, “c”, da CF (soberania dos veredictos), impede que a revisão criminal, a qual, no júri, é julgada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal, possa ensejar a absolvição direta do seu autor, outrora réu condenado.

Se o Tribunal pudesse absolver o réu, infringiria por completo a soberania dos veredictos. Impedir que o Tribunal possa absolver o réu em sede de apelação interposta por ele contra a decisão do júri, mas permitir que o Tribunal adote essa providência em sede de ação de revisão criminal ajuizada por esse mesmo réu, constitui simples subterfúgio para violar o princípio da soberania dos veredictos. Essa crítica pode ser endereçada ao atual entendimento do STJ, que admite a absolvição em sede de revisão criminal²⁴.

Inicialmente, o STJ não admitia que a procedência da revisão criminal pudesse resultar na absolvição do autor, outrora condenado pela prática de crime doloso contra a vida. O fundamento para tanto consistia na competência constitucional reservada ao tribunal do júri, como decidido no HC n. 19.1419/DF, sob a relatoria do Ministro do STJ Jorge Scartezzini, no ano de 2002:

²³ A interpretação conforme a Constituição visa à “preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais” (BARROSO, 2015, p. 336).

²⁴ Em estudo dos precedentes do STJ, Mion (2020, p. 153-156) destaca “dois momentos distintos: o primeiro, em que era incabível a absolvição do réu condenado no Júri como efeito da revisão criminal; em um segundo momento, pela possibilidade de absolvição em tal circunstância”.

[...] seguindo a exegese da melhor doutrina, o reconhecimento pelo Tribunal a quo, de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que em sede revisional, não tem o condão de transferir àquela Corte, a competência meritória constitucionalmente prevista como sendo do Tribunal do Júri. Portanto, entendendo que cabe ao Tribunal, mesmo em sede de revisão criminal, somente a determinação de que o paciente seja submetido a novo julgamento (BRASIL, 2002, p. 1).

Esse HC e o fundamento da competência constitucional exclusiva dos jurados para julgar o crime doloso contra a vida foram repetidos no Recurso Especial n. 1.172.278/GO (BRASIL, 2010), sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 2010, e no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.021.468/SP (BRASIL, 2011), sob a relatoria do mesmo Ministro, julgado em 2011.

Contudo, desde o julgamento do Recurso Especial n. 964.978/SP, em 2012, o STJ modificou o seu entendimento. Nesse aresto, ele fundamentou que, “[d]iante do conflito entre a garantia da soberania dos veredictos e o direito de liberdade, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário” (BRASIL, 2012, p. 1). Esse julgado e os seus fundamentos foram reprisados, pelo STJ, no Recurso Especial n. 1.304.155/MT (BRASIL, 2013b), sob a relatoria da Ministra Assusete Magalhães, decidido em 2013, e no Recurso Especial n. 1.050.816/SP (BRASIL, 2016), sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti, em 2016.

Esse último entendimento do STJ, no sentido da possibilidade da absolvição direta, em sede de revisão criminal, além de violar a soberania dos veredictos, faz do direito à liberdade um valor absoluto, não sujeito a qualquer tipo de ponderação. Ao interpretar a liberdade “em tira, ao pedaço”²⁵, o STJ nega o mínimo de eficácia a um valor constitucional de

²⁵ Valorizando o caráter orgânico do Direito, Eros Roberto Grau (2016, p. 139): “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação é do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.

igual hierarquia – a soberania dos veredictos –, ao simplesmente eliminá-lo frente à liberdade.

Afigura-se imprescindível interpretar a liberdade e a soberania sistematicamente²⁶. O direito à liberdade deve ser cotejado com a soberania dos veredictos, observada a ductibilidade constitucional, pois nenhum princípio tem caráter absoluto, sob pena de se renunciar à unidade e à integração da Constituição Federal (ZAGREBELSKY, 2016, p. 14).

A interpretação sistemática em comento deve considerar que, ao prever a soberania como princípio do Tribunal do Júri, “quis o constituinte assegurar que o julgamento de última instância dos crimes dolosos contra a vida fosse do colegiado popular” (NOVAIS, 2015, p. 95).

Por essa razão, diverge-se de Porto (1996, p. 52) e de Moussin (2008, p. 579), quando eles afirmam que a soberania dos veredictos, por ser uma garantia exclusiva do réu, vigora somente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Depois do trânsito em julgado, não subsistiria mais a soberania, de forma que o juízo técnico não enfrentaria nenhum limite para reformar a decisão dos jurados, podendo, por exemplo, absolver um réu condenado pelo júri.

Ora, esse raciocínio simplesmente ignora que o Tribunal do Júri, na condição de instrumento de democracia participativa, constitui, ao lado de uma garantia individual do réu para exigir o seu direito de ser julgado pelos seus pares, uma garantia política para a sociedade julgar os réus acusados da prática de crime doloso contra a vida, em verdadeiro exercício da democracia enquanto faculdade de participar na administração do Estado (KURKOWSKI, 2019b).

Para Nucci, a soberania constitucionalmente reservada aos veredictos deve ser assegurada sempre, sob pena do completo esvaziamento da eficácia do Tribunal do Júri. Ademais, o fato de “ser a revisão criminal uma garantia individual, para corrigir eventuais erros judiciários, não afasta,

²⁶ A importância da interpretação sistemática já era destacada por Carlos Maximiliano (2011, p. 159): “O Direito é um todo orgânico; portanto não seria lícito apreciar-lhe uma parte isolada, com indiferença pelo acordo com as demais [...] Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resultado bastante luz para o caso em apreço”.

em hipótese alguma, o direito que o povo tem de proceder à necessária revisão do julgado, quando for necessário” (NUCCI, 2015, p. 552).

Ademais, enquanto a soberania dos veredictos e a coisa julgada são institutos com assento constitucional, a revisão criminal tem base, exclusivamente, infraconstitucional. Por isso, a “decisão da Corte Popular não pode ser desconstituída por meio processual de caráter ordinário, ainda que de competência originária de Tribunal de segunda, superior ou última instância” (GUEDES, 2015, p. 23).

Nessa linha, a compatibilização da liberdade com a soberania dos veredictos é plenamente possível, sem o sacrifício de nenhum desses dois princípios. Na hipótese de crime doloso contra a vida, em caso de procedência da ação de revisão criminal que diga respeito ao *mérito* do crime, o procedimento pautado pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos consiste na submissão do outrora réu, agora autor da revisão, a um novo julgamento popular, assegurada a proibição da *reformatio in pejus* (artigo 626 do CPP).

Segundo Mion (2020, p. 157-162), o mérito do caso diz respeito à materialidade delitiva; autoria; existência de qualificadora e de causas de aumento e diminuição de pena; e consumação do crime. Nesses casos, como a competência – soberana – é do júri, cabe ao órgão julgador apenas o juízo rescindendo; o juízo rescisório deve ser realizado por um novo conselho de sentença.

Já as demais hipóteses de cabimento da revisão criminal não versam especificamente sobre o mérito do caso, razão por que o juízo rescisório, quando cabível, pode ser realizado pelo próprio órgão julgador da revisão criminal.

CONCLUSÃO

A análise da historicidade da soberania dos veredictos, ao longo da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, evidenciou o objetivo último do constituinte de 1988, ao positivizar esse princípio na Constituição Federal: o respeito irrestrito à vontade da sociedade representada pelo seu conselho de sentença.

A Constituição Federal outorgou soberania aos veredictos tendo em vista o caráter democrático do Tribunal do Júri. Na condição de instrumento de democracia participativa, o júri permite à sociedade administrar o Poder Judiciário de forma direta, sem intermediários ou representantes.

Para conferir a máxima efetividade ao objetivo da Constituição Federal, extraindo desta a sua força normativa, sustentaram-se as seguintes consequências.

Em primeiro lugar, a decisão dos jurados não pode ser reformada, ou seja, substituída, no mérito (absolvição ou condenação) por qualquer outro órgão que não, na hipótese da sua rescisão, outro conselho de sentença.

Em segundo lugar, se a decisão a respeito da culpabilidade do réu sempre compete à sociedade, pois, mesmo em caso de rescisão da primeira decisão dos jurados, um novo conselho de sentença apreciará a causa, nada justifica que não se cumpra, imediatamente, a vontade dos jurados. Assim, em caso de condenação do réu, inexistente motivo suficiente para condicionar a execução, mesmo que provisória, da pena ao trânsito em julgado ou a qualquer outro fator, como eventual limite mínimo do *quantum* da pena, o qual se afigura inconstitucional. Vale dizer: após a votação pelo conselho de sentença que resulta na condenação do réu, a pena deve ser executada provisoriamente de imediato, no ato, inclusive porque essa execução provisória não viola os direitos fundamentais do réu e pode ser obstada em caso de flagrante ilegalidade.

Em terceiro lugar, a soberania dos veredictos, vista como garantia do direito coletivo da sociedade de julgar, sob o critério da íntima convicção, os réus acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, reclama uma interpretação restritiva sobre a apelação prevista no artigo 593, III, “d”, do CPP. Para essa mesma finalidade, deve-se considerar também que a decisão de pronúncia, ao exigir certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação quanto ao réu, impede que o conselho de sentença aprecie uma causa desprovida de uma vertente probatória minimamente suficiente para a condenação do réu. Nesses termos, a decisão condenatória dos jurados, sob a íntima convicção, para ser considerada manifestamente

contrária à prova dos autos, não pode encontrar amparo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída dos autos. Do contrário, encontrando suporte probatório mínimo, a decisão deve manter-se hígida.

Por fim, em quarto lugar, a soberania do júri impede que o réu condenado pela prática de crime doloso contra a vida seja absolvido diretamente pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal, em sede de ação de revisão criminal. Se a procedência desta ação envolver o mérito do crime, ou seja, puder render a absolvição do seu autor, o procedimento correto, numa interpretação do artigo 626 do CPP conforme a Constituição Federal, consiste na submissão do autor a um novo julgamento popular.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI JUNIOR, Ângelo. **O tribunal do júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

ARAÚJO, Gladston Fernandes de. **Tribunal do júri: uma análise processual à luz da Constituição Federal**. 2. ed. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2010.

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo. O tribunal do júri nos Estados Unidos. **Revista de Direito do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 142-159, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 336.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1939.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri 2019**. Brasília: CNJ, 2019a.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/06/1e9ab3838fc943534567b5c9a9899474.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.021.468/SP. Quinta Turma. Relator: Jorge Mussi. Brasília, 2 ago. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800018999&dt_publicacao=10/08/2011. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 19.419/DF. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília, 25 jun. 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101722384&dt_publicacao=18/11/2002. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 104.547/SP. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti. Brasília, 3 abr. 2014. Disponível em: [javascript:inteiro_teor\('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800839272&dt_publicacao=22/04/2014'\)](javascript:inteiro_teor('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800839272&dt_publicacao=22/04/2014')). Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 218.476/RN. Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 3 out. 2013a. Disponível em: [javascript:inteiro_teor\('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102191249&dt_publicacao=11/10/2013'\)](javascript:inteiro_teor('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102191249&dt_publicacao=11/10/2013')). Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 470.517/SP. Sexta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 19 mar. 2019b. Disponível em: [javascript:inteiro_teor\('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802471213&dt_publicacao=02/04/2019'\)](javascript:inteiro_teor('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802471213&dt_publicacao=02/04/2019')). Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.978/SP. Quinta Turma. Relator: Adilson Vieira Macabu. Brasília, 14 ago. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701493689&dt_publicacao=30/08/2012. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1050816/SP. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 1 dez. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800850362&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1172278/GO. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902468869&dt_publicacao=13/09/2010. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.304.155/MT. Sexta Turma. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 20 jun. 2013b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200208012&dt_publicacao=01/07/2014. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.770/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 mar. 2017a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 139.612/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 25 abr. 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13020635>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 140.449/RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 6 nov. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397479/false>. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 113.269. Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 maio 1987. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23800/false>. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 24 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Consulta em: 30 abr. 2020.

BRITISH LIBRARY. Magna Carta. 15 jun. 1215. *In: Treasures in full*. Disponível em: https://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html. Acesso em 25 jun. 2018.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERNANDES, Cleander César da Cunha; PINHO, Manoel Veridiano Fukuara Rebello; ALMEIDA, Saulo Jerônimo Leite Barbosa de. A Execução Imediata da Pena após o Julgamento pelo Tribunal do Júri. *In: MONTEIRO, Rodrigo (org.). O Tribunal do Júri: o ministério público em defesa da justiça*. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 303-333.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. **Direito Público**. Ano V, n. 25, jan./fev. 2006. p. 07-30.

FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a Constituição Federal de 1946: Comentários à Lei nº 263 de 23 de fevereiro de 1948**. São Paulo: Saraiva, 1950.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEDES, Alexandre de Matos. Por uma nova exegese da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri – equívocos atuais da doutrina e jurisprudência e senso comum teórico dos jurados. **Cadernos do Júri**, Cuiabá, v. 3, p. 11-26, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madri: Civitas, 1996.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A constitucionalidade da execução provisória da pena no júri. **XXII Congresso Nacional do Ministério Público**. Belo Horizonte, 2017a. Disponível em: <https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/93.pdf>. Acesso em: 07 out. 2017.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena no tribunal do júri. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. (Org.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: Ministério Público Federal, 2020. p. 422-444. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 11 jun. 2020.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos

recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 242-262, set./dez. 2017b. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/504>. Acesso em: 27 jan. 2018.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. Execução provisória da pena em condenação no tribunal do júri. *In*: SOUZA, Renee do Ó. (Org.). **Lei Anticrime**: comentários à lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a. p. 157-171.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Execução Provisória da Pena no Júri**: Fundamentos Políticos e Jurídicos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019b.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. Projeto da Lei “Anticrime” e as Medidas para Aumentar a Efetividade do Tribunal do Júri. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. (Coord.). **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019c. p. 407-446.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 9, n. 18, p. 121-163, mai./ago. 2017. Disponível em: <http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>. Acesso em: 27 jan. 2018.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. **E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH**, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>. Acesso em: 07 mar. 17.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da tutela da vida no tribunal do júri**. Cuiabá: Carlini & Caniato, 2017.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **O júri no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MION, Ronaldo de Paula. **Tribunal do Júri e Revisão Criminal**: entre a preservação da soberania dos veredictos e a solução de erros judiciários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri**: crimes e processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASSIF, Aramis. **Júri**: instrumento de soberania popular. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 16.

NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no tribunal do júri**. 2. ed. Cuiabá: Carlini & Caniato, 2018.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. Revisão criminal contra condenação do Tribunal do Júri. **Cadernos do Júri**, Cuiabá, v. 3, p. 85-98, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULE, Robert. The perversion of the historic function of the grand jury in Minnesota. **Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice**, Minnesota, v. 7, n. 2, p. 299-320, 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1430&context=lawineq>. Acesso em: 08 jun. 2018.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: Procedimentos e aspectos do julgamento**. Questionários. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIAPPA, Susan. Preserving the autonomy and function of the grand jury: United States v. Williams. **Catholic University Law Review**, Washington, v. 43, n. 1, p. 311-350, out. 1993. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1679&context=lawreview>. Acesso em: 08 jun. 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Ministerio público brasileño y política criminal en el marco de la teoría crítica de los derechos humanos**. 2008. 311 f. Tese (Doutorado em Derechos Humanos y Desarrollo) – Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha, 2008.

TORRES, Magarinos. **Processo penal do júri no Brasil**. São Paulo: Quorum, 2008.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**: contradições e soluções. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. *In*: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 11-97.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira**: um órgão da cidadania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 11. ed. Madri: Trotta, 2016.

Rafael Schwez Kurkowski

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB

Especialista em Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Defesa - ESD

Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo - FAPIDE

Bachelor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Promotor de Justiça em Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público

O *STANDARD* PROBATÓRIO DO CRIME
ANTECEDENTE NA LAVAGEM DE CAPITALS

Thiago Colnago Cabral

O STANDARD PROBATÓRIO DO CRIME ANTECEDENTE NA LAVAGEM DE CAPITAIS*

THE EVIDENTIAL STANDARD OF THE ANTECEDENT CRIME IN MONEY LAUNDERING

Thiago Colnago Cabral

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 A FIGURA TÍPICA DA LAVAGEM DE CAPITAIS. 3 EPISTEMOLOGIA E STANDARD PROBATÓRIO. 4 O STANDARD PROBATÓRIO DO DELITO ANTECEDENTE NA LAVAGEM. 5 O PRODUTO ESPECÍFICO DA INFRAÇÃO ANTECEDENTE. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O exercício da jurisdição pressupõe a adoção de procedimento epistêmico de reconstrução da verdade no processo, a partir de *standard* probatório de suficiência das evidências para a validação de uma dada hipótese processual. No tocante à lavagem de dinheiro, tal procedimento precisa alcançar inclusive o reconhecimento da origem criminosa do produto lavado e, portanto, a própria existência do delito antecedente, que por sua autonomia não há necessariamente de ter sido julgado em definitivo. Imprescindível assim identificar adequadamente o nível de suficiência probatória para, em imputação de lavagem de dinheiro, concluir pela comprovação da origem ilícita de determinado patrimônio, sobretudo quando a prática do branqueamento esteja permeada pelo reconhecimento de atividade criminosa estável.

*ARTIGO RECEBIDO EM 04.10.2020 E APROVADO EM 04.10.2021.

Palavras-chave: Lavagem de capitais; crime antecedente; *standard* probatório.

ABSTRACT

The exercise of jurisdiction presupposes the adoption of an epistemic procedure for reconstructing the truth, based on a standard of sufficiency by evidences to the validation of a hypothesis. Regarding the money laundering, the epistemic procedure must also include the recognition of the criminal origin of the laundered product and, therefore, the effective existence of the previous crime, because it does not necessarily have to be judged definitively. Thus, it is essential identify the level of evidence sufficiency in money laundering by conclude about the illicit origin, especially when the practice of laundering is attributed a stable criminal activity.

Keywords: *Laundering money; Antecedent crime; Evidential standard.*

1 INTRODUÇÃO

A regulamentação da lavagem de capitais¹ pressupõe, invariavelmente, a prática de infração penal antecedente, a partir da qual o agente obtenha determinado produto, efetivo fruto da conduta típica, a ser objeto do branqueamento que é a essência do núcleo do tipo penal.

A despeito desta premissa e da inegável relação de dependência entre a infração penal antecedente e a lavagem de capitais, que estabelece

¹ Blanco Cordero faz distinção entre “blanqueo de capitales em sentido amplo, em referencia al proceso de legitimación de los bienes que podemos considerar manchados (dinero negro) debido a que en su origen es de carácter ilegal, y fundamentalmente originados fuera del control de las instituciones tributarias, y el blanqueo de capitales em sentido estricto, referido exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo” (BLANCO CORDERO, 2015, p. 103). Tradução nossa: a lavagem de capitais em sentido amplo, em referência ao processo de legitimação dos bens que podemos considerar sujos (dinheiro negro) devido a sua origem de caráter ilegal e fundamentalmente originado fora do controle das instituições tributárias, e a lavagem de capitais em sentido estrito, referindo-se apenas à conversão dos bens de origem delitiva.

relação de prejudicialidade entre as infrações², é de se constatar que o reconhecimento do branqueamento não pressupõe necessariamente o prévio julgamento do delito antecedente, de modo que é possível a imputação, o processo e o julgamento da lavagem não apenas de modo autônomo, mas sem que a infração penal prévia tenha sido julgada por sentença penal condenatória, recorrível ou irrecorrível.

A referida prejudicialidade é de natureza homogênea, eis que tanto a lavagem quanto o delito antecedente são submetidos a julgamento por juízo criminal, pelo que não comporta a suspensão dos arts. 92 e 93 do CPP, até mesmo por força da regra da especialidade do art. 2º da Lei n.º 9.613, de 1998.

Neste contexto, é imprescindível que se possa identificar adequadamente qual o *standard* probatório, enquanto estipulação mínima determinante do grau de probabilidade de comprovação de uma hipótese³, referente ao delito antecedente, de modo a estabelecer tal critério fundamental ao processo e julgamento do crime de lavagem de capitais.

É exatamente este o objeto do presente estudo.

2 A FIGURA TÍPICA DA LAVAGEM DE CAPITALIS

A lavagem de dinheiro é o ato ou conjunto de atos empregados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem ilícita, enquanto

² José Carlos Barbosa Moreira sintetiza a questão da prejudicialidade nos seguintes termos: “se quisermos reduzir a matéria a um esquema simples, poderemos distinguir, *prima facie*, três posições fundamentais, facilmente caracterizáveis: (a) a controvérsia prejudicial, ao manifestar-se como tal em certo processo, já foi objeto de apreciação autônoma, principaliter, em processo anterior [...]. (b) A controvérsia surgida, em caráter prejudicial, sem anterior pronunciamento, ocasiona de maneira obrigatória ou facultativa, a suspensão do processo em que se manifesta, a fim de ser resolvida à parte, em juízo distinto: v.g. no direito brasileiro, as hipóteses previstas nos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal. (c) A controvérsia prejudicial, ainda sem solução, é resolvida no mesmo processo em que se resolve a prejudicada” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsó, 1967, p. 62).

³ FERRER BELTRÁN, 2020, p. 778.

produto de prática delitiva antecedente, com o propósito de sua reinserção na economia regular com aparência de licitude⁴.

Assim, a definição dogmática da lavagem de capitais aqui adotada segue a posição de Blanco Cordero, indicando que “*el blanqueo de capitales es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*”⁵ (BLANCO CORDERO, 2015, p. 107).

O combate a tais condutas desenvolveu-se em escala global em relação diretamente proporcional ao avanço da chamada macrocriminalidade, sobretudo a partir da década de 1980, quando ilícitos de diversas naturezas,⁶ mas marcados pela transnacionalidade e por vultosos resultados financeiros, alcançam expressão em diversas partes do mundo⁷⁻⁸, exigindo o implemento de medidas de cooperação internacional para sua repressão e perseguição aos produtos dos ilícitos.

⁴ Pierpaolo Cruz Bottini explica que “o termo lavagem de dinheiro foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever um dos métodos usados pela máfia nos anos 30 do século XX para justificar a origem dos recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 29). Blanco Cordero apresenta detalhes do julgamento que, no *South District of Florida*, em 1982, empregou a expressão referente às práticas mafiosas, relatando haver se tratado de confisco de dinheiro, submetido a práticas de branqueamento, originado do tráfico de cocaína colombiana (BLANCO CORDERO, 2015, p. 98).

⁵ Tradução nossa: A lavagem de capitais é o processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram ao sistema econômico legal com aparência de haver sido obtido de forma lícita.

⁶ Habitualmente, a noção de macrocriminalidade é relacionada, dentre outros, com os delitos de tráfico de entorpecentes e de pessoas, crimes de abuso de poder econômico e contra a livre concorrência, crimes contra a Administração Pública e crimes contra o sistema financeiro.

⁷ No Direito estrangeiro, a regulação da matéria se mantém atrelada à sua denominação original, ainda que sob um pontual enfoque distinto, como ressalta Pierpaolo Cruz Bottini: *money laundering* (EUA e Inglaterra), *geldwäsche* (Alemanha), *lavado de dinero* (Argentina), *riciclaggio* (Itália), *blanqueo* (Espanha), *branqueamento* (Portugal) e *blanchiment* (França). Baseado justamente no caráter transnacional da prática, Blanco Cordero adverte: “*consideramos deseable encontrar una expresión unitaria para denominar tales actuaciones*” (BLANCO CORDERO, 2015, p. 100).

⁸ A Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613, de 1998, primeira regulamentação normativa da prática no ordenamento brasileiro, afastou expressamente o emprego do vocábulo branqueamento, escolhido em Portugal e Espanha, apesar da forte vinculação linguística do Brasil com estes

Foi, a propósito, justamente a transnacionalidade que exigiu uma *“mínima harmonização das legislações nacionais, voltada à compatibilização de seus preceitos e à facilitação de comunicações, atos e diligências conjuntas”* (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 31), o que restou efetivado fundamentalmente nas Convenções de Viena (1998), Palermo (2000) e Mérida (2003).

Conformou-se, então, nítido esforço mundial de repressão ao crime de lavagem de dinheiro, sobretudo ante a percepção de que ele é instrumento à efetiva materialização dos resultados patrimoniais decorrentes de práticas delitivas de enorme repercussão global, como o tráfico de drogas e os crimes contra o sistema financeiro.

O ordenamento nacional avançou na regulamentação do tema a partir da Lei n.º 9.613, de 1998⁹, posteriormente alterada pela Lei n.º 12.683, de 2012, que, dentre outras medidas, instituiu unidade nacional de inteligência financeira, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

No cenário da alteração normativa da Lei n.º 9.613, de 1998, implementada basicamente pela edição da Lei n.º 12.638, de 2012, a mais significativa modificação do tipo está representada, destarte, pelo abandono da fórmula da indicação literal de condutas típicas que

países, considerando que “inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões” (item 13 da Exposição de Motivos).

⁹ Em paralelo, Blanco Cordero delimita em 4 etapas a evolução internacional da tipificação do delito de lavagem de capitais: a primeira, ocorrida nos EUA nos anos 70 do século passado, em que se inicia uma atuação preventiva de conservação de documentos e de comunicação de operações suspeitas com base no *The Currency and Foreign Transactions Reporting Act* de 1970; a segunda, ainda na década de 1980, em que instituída a previsão do crime de lavagem de capitais nos EUA pelo *Money Laundering Control Act* de 1986; a terceira, atinente à internacionalização de previsão do crime de lavagem de capitais, a partir da prática norte-americana, com base na Convenção das Nações Unidas contra ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988; e a última, a partir da aprovação das 40 Recomendações do GAFI, que estabelecem um combate global à lavagem de capitais, sob um ponto de vista integral, de enfoques preventivo e repressivo (BLANCO CORDERO, 2015, pp. 114-115).

poderiam servir de infração penal antecedente à lavagem, o que denota opção legislativa de ampliar o espectro de condutas submetidas à tutela penal do branqueamento.

É de se ver, ademais, que a lavagem de capitais exige do autor um elemento subjetivo de reinserção do produto do ilícito no mercado econômico com aparência de licitude, não se satisfazendo, então, com providências de mero exaurimento do benefício material do delito antecedente, pelo que Pierpaolo Bottini adverte que “*não se trata de um simples ato de ocultação, de um mero esconder bens de origem delitativa, mas de uma atividade voltada à simulação, à confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos*” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 32).

Tal percepção justifica a distinção doutrinariamente feita acerca das etapas da lavagem de dinheiro¹⁰, conquanto nem sempre tais medidas sejam implementadas em unidades temporais estanques, consistentes na ocultação dos produtos auferidos com o ilícito, passando pelas operações intermediárias de dissimulação da fonte ilícita dos bens e se aperfeiçoando com medidas de reinserção do patrimônio na economia formal com aparência de licitude.

A identificação destes atos é medida salutar na distinção entre o delito de lavagem e os atos de mero exaurimento do delito antecedente.

3 EPISTEMOLOGIA E STANDARD PROBATÓRIO

A formatação de um processo democrático, em oposição a uma concepção autoritária do dito instrumento, para invocar a classificação de Ferrajoli¹¹, não se compadece apenas com a adoção de formalidades puramente exteriores ao ato de julgar e com as garantias e direitos

¹⁰ Segundo Blanco Cordero, a distinção das fases promovida pela doutrina tem premissa as 40 Recomendações do GAFI, que permite justamente a identificação das etapas de ocultação, dissimulação e reinserção. Nas doutrinas estrangeiras, a classificação é a mesma, observadas as adaptações linguísticas: *colocación, ensombrecimiento e integración* (Espanha) ou *placement, layering e integration* (Estados Unidos) (BLANCO CORDERO, 2015, pp. 73-75).

¹¹ FERRAJOLI, 2014, p. 39.

referentes à tramitação da ação penal, exigindo, em complementação, que o julgamento tenha por lastro uma reconstrução histórica válida dos fatos, em procedimento cognitivo lógico compatível com a apuração racional da verdade¹².

Destarte, a mera referência a uma garantia de livre convencimento ou *sana crítica*, na expressão de Ferrer Beltrán, não se presta à dita finalidade. É imprescindível que o exercício da jurisdição esteja lastreado em exercício epistêmico, fundado em exame cognitivo, racional, e não heurístico, das provas, viabilizando e legitimando uma atividade jurisdicional fundada na verdade, elemento imprescindível de validação do exercício da jurisdição, enquanto faceta da soberania estatal.

No pormenor, o processo se vale da epistemologia, enquanto teoria filosófica da cognição, para a reconstrução histórica e racional dos fatos relevantes a partir das hipóteses processuais¹³, o que Taruffo denomina de heterointegração da sentença¹⁴, sobretudo porque *“a decisão racionalmente orientada permite que a escolha da hipótese fática tida como verdadeira, por encontrar maior suporte nas provas dos autos, possa ser intersubjetivamente controlável”* (BADARÓ, 2019, p. 76).

São justamente tais fundamentos epistêmicos que legitimam, juntamente com os demais requisitos ao exercício válido da jurisdição, o exercício do poder estatal, na medida em que indicam as razões da escolha desta ou daquela hipótese processual pelo juiz, a par de viabilizar o controle intersubjetivo da decisão, requisito fundamental da faceta democrática de processo.

¹² O termo verdade é aqui empregado a partir dos trabalhos de Susan Haack (HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002) e de Alfred Tarski (TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Unesp, 2007).

¹³ Quanto ao tema, adverte Gustavo Badaró a prevalência do procedimento valorativo a partir de uma probabilidade indutiva ou lógica, do tipo baconinano, mas não matemático, a partir dos moldes de Cohen (BADARÓ, 2019, p. 77). No mesmo sentido, FERRER BELTRÁN, 2020, p. 782.

¹⁴ TARUFFO, 2002, p. 247.

Todavia, ainda assim, é imprescindível a definição de suficiência probatória de validação de dada hipótese na relação processual, de modo que permitir que, em cada relação processual, o julgador, quando do julgamento, e as partes, no exercício do controle recursal do decidido, possam identificar se o acervo foi suficiente à comprovação de dada posição processual.

Em outros termos, o viés democrático de um dado ordenamento não pode ser garantido apenas pela previsão de direitos aplicáveis à tramitação da ação penal, compondo uma noção garantista do devido processo legal, sendo imprescindível que se viabilize instrumento eficaz de controle intersubjetivo das decisões judiciais, conjugando um procedimento epistêmico e parâmetros de acreditação, de suficiência, de dada hipótese no processo.

Denominam-se *standards* probatórios estes critérios, que se revestem de deliberação política, preferencialmente fixada em lei, quanto à distribuição dos erros de julgamento e, ainda, por uma fixação gradual, sendo a admissão da peça acusatória a de menor nível de rigor, contra a sentença penal condenatória, que tem o maior nível de exigência para acreditação.

Logo, os *standards* probatórios¹⁵, enquanto níveis de acreditação exigidos para dada medida jurisdicional, são guias da valoração racional, na medida em que definem o grau de exigência probatória para a validação de dada hipótese como verdadeira, consoante define Ferrer Beltrán¹⁶:

¹⁵ A título exemplificativo, o Brasil (art. 386 – “*prova suficiente para a condenação*”), a Colômbia (art. 372 – “*más allá de duda razonable*”), o Chile (art. 340 – “*más alla de toda duda razonable*”), a Itália (art. 533 – “*l'imputato risulta colpevole*”), alguns com maior, outros com menor, suficiência isoladamente considerada, declinam o *standard* probatório máximo, correspondente à prolação de sentença penal condenatória. Também os instrumentos internacionais são do mesmo sentido, ressaltando a presunção de importância no art. 66 do Estatuto de Roma (“*toda pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal*”).

¹⁶ Ferrer Beltrán justifica que “*a determinação do nível de exigência a partir da definição do standard de prova não incide sobre a diminuição dos erros, mas, ao revés, sobre a distribuição dos riscos de erros entre as partes. Destarte, a razão principal para determinar o grau de exigência probatória onde se situará o standard tem a ver com a distribuição do risco de erro (falsas condenações e falsas absolvições) que se estima aceitável, o que supõe claramente uma decisão político-moral*” (FERRER BELTRÁN, 2020, p. 785).

considerando o raciocínio probatório em termos probabilísticos, bem como que a certeza racional sobre uma hipótese fática é inalcançável, torna-se imprescindível, então, a estipulação de regras, que são denominadas *standards* de prova, a fim de que se determine o grau de probabilidade a partir do qual se está disposto a dar por provada a hipótese (FERRER BELTRÁN, 2020, p. 778).

Não há como negar, é verdade, que o estabelecimento do *standard* probatório normalmente é implementado por expressões dotadas de certo grau de vagueza e de abstração (*v.g.* indícios suficientes), o que também exige que o procedimento epistêmico de julgamento indique o *iter* racional promovido no julgamento¹⁷.

No Brasil são habituais as referências às expressões *indícios suficientes* e *prova para além de qualquer dúvida razoável* para designar os *standards* probatórios, de modo bem assemelhado ao direito norte-americano, que se vale da noção de prova clara e convincente (*beyond any reasonable doubt*), e ao direito italiano com menções regulares à *oltre ragionevole dubbio*.

A relação entre a epistemologia judiciária e os *standards* probatórios, dirigida à reconstrução histórica dos fatos em julgamento e à definição da verdade do processo, é assim sintetizada por Gustavo Badaró:

a justificação do juízo de fato no processo penal exige que, na fundamentação da sentença, o juiz argumentando as razões de uma decisão epistemologicamente correta, com inferências lógicas que expliquem as questões de fato, de acordo com todas as provas produzidas, indicando as opções e escolhas sobre o grau de resistência da hipótese acusatória em relação às outras hipóteses diversas ou antagônicas, à luz do *standard* de prova da alta probabilidade lógica, necessário para que possa concluir como provada uma afirmação de fato,

¹⁷ Tanto assim que o art. 192 do Código de Processo Penal italiano prescreve: *Art. 192 (Valutazione della prova) - 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.*

sendo, dessa forma, considerada verdadeira (BADARÓ, 2019, p. 91).

A legislação chilena, especificamente no art. 297 do Código de Processo Penal, detalha a conjugação da exigência epistêmica com o estabelecimento de *standards* probatórios, na reconstrução da verdade nas relações processuais:

Valoración de la prueba.

Artículo 297. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada un de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.¹⁸

O detalhamento do procedimento epistêmico de apreciação e julgamento das hipóteses no processo permite identificar, dogmáticamente, dois momentos de julgamento, conquanto a distinção prática das citadas oportunidades enfrente evidentes dificuldades, sendo um contexto da valoração e um contexto da justificação.

¹⁸ Tradução livre: Valoração da prova. Artigo 297. Os tribunais apreciarão a prova com liberdade, mas não poderão contradizer os princípios da lógica, as máximas de experiência e os conhecimentos cientificamente garantidos. O tribunal deverá considerar na fundamentação toda a prova produzida, inclusive aquela que houver desconsiderado, indicando neste caso as razões que considerou para fazê-lo. A valoração da prova na sentença requer a indicação dos meios de prova mediante os quais se deram por acreditados cada um dos fatos e circunstâncias que se consideraram provadas. Esta fundamentação deverá permitir a reprodução do raciocínio utilizado para alcançar as conclusões a que se chegou na sentença.

No contexto da valoração, o julgador *“desenvolve a verificação de qual hipótese fática encontra maior suporte na prova produzida que lhe corrobora, bem como se resiste a hipóteses contrárias que tenham suporte em elementos de prova mais fracos”* (BADARÓ, 2019, p. 72).

Já o contexto da justificação pressupõe um exercício político-valorativo, de essência axiológica, que tem lastro justamente na identificação do *standard* probatório, tendo em vista que *“trata-se da atividade realizada após a valoração da prova e a tomada de decisão pelo julgador”* (BADARÓ, 2019, p. 73), retratando uma justificação da decisão já tomada.

4 O STANDARD PROBATÓRIO DO DELITO ANTECEDENTE NA LAVAGEM

Neste contexto, é fundamental identificar o *standard* probatório relativamente ao delito prévio da lavagem de capitais, tanto para fins de admissibilidade da peça acusatória, quanto em relação à prolação de sentença penal condenatória, especificamente nos casos de julgamento separado, sem prévia decisão acerca da ação penal pelo delito antecedente.

No pormenor, não custa lembrar que a falta de julgamento do delito prévio não estabelece obstáculo ao processo e julgamento do subsequente de lavagem de capitais:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI Nº 7.492/86, ARTS. 4º, 16 E 22, PARÁGRAFO ÚNICO. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98, ART. 1º, VI E VII C/C ARTIGO 1º, § 1º, II C/C ARTIGO 1º, § 2º, II C/C ARTIGO 1º, § 4º. CONEXÃO HÁBIL A FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA QUE PREJUDICA A ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. COMPATIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE

PROVA NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS.
PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

[...]

5. O processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas.

6. A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente.

7. É o que dispõe o artigo 2º, II, e § 1º, da Lei nº 9.613/98: “O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II - independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país; § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.”

8. A doutrina do tema assenta: “Da própria redação do dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem. [...] Na verdade, a palavra ‘indício’ usada na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato, ou seja, no momento do recebimento da denúncia, é necessário um início de prova que indique a probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes antecedentes.

Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa ao crime antecedente, que pode inclusive sequer ser objeto desse processo (art. 2º, II, da Lei 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual argüição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento da ação penal por meio de habeas corpus. [...] De se ver que, no momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente” (in Luiz Flávio Gomes - Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Lavagem ou Ocultação de Bens – Renato Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 588-590).

9. In casu, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça observou que a ausência de justa causa que justificaria o trancamento da ação penal seria aquela que evidenciasse clara causa extintiva de punibilidade ou fato narrado atípico, verbis: “O fato de não estar, de imediato e cabalmente comprovada a ocultação de valores, não indica a impossibilidade de manutenção da ação penal, sobretudo por estarem presentes indícios fortes da ocorrência criminosa.

(STF, HC n.º 93.368, Min. Luiz Fux, DJ 25/08/2011)

Logo, para fins de admissibilidade da denúncia por lavagem de capitais, é prescindível, logo não é exigível prova para além de qualquer dúvida razoável quanto ao delito antecedente, bastando para tanto a existência de indícios quanto à infração antecedente e à prática do branqueamento, o que faz com que parte da doutrina se refira, na espécie, a uma *dúplice* justa causa.

Relevante sublinhar entretanto que, apesar de a autonomia redundar na desnecessidade de que exista condenação prévia acerca do delito antecedente para recebimento da denúncia, a falta de ajuizamento de ação penal quanto ao delito prévio - o que indica a inexistência de indícios mínimos definidores da justa causa - sinaliza a impossibilidade de

se reconhecer como demonstrada a origem ilícita na imputação de lavagem na fase de seu julgamento¹⁹.

Destarte, a falta de ajuizamento de ação penal pelo crime antecedente inviabiliza o reconhecimento em sentença da prática de lavagem de capitais.

De outro lado, os tais indícios, especificamente quando agregados aos requisitos próprios de cada medida cautelar aplicável (*v.g. “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”* – art. 312 do CPP e *“indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”* – art. 216 do CPP), bastam à acreditação de uma hipótese processual referente às ditas cautelares, servindo destarte como *standard* probatório.

A questão que se coloca, então, tangencia ao *standard* do delito antecedente na fase de julgamento, devendo ser registrado que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA E HABITUALIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CRIME ANTECEDENTE. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS PELA CORTE A QUO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE COMO SE DEU A VIOLAÇÃO ALEGADA AO ART. 157 DO

¹⁹ PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO CRIME ANTECEDENTE. ABSOLVIÇÃO. Embora o processo penal pelo delito de lavagem de dinheiro possa ser instaurado independentemente da ação penal pelo crime antecedente, o não oferecimento da denúncia pelos crimes contra a administração que teriam gerado lucro ilícito a ser ocultado/dissimulado após três anos da propositura desta ação penal demonstra que nem mesmo o órgão acusatório conseguiu reunir provas mínimas para deflagrar a persecução criminal em juízo por aqueles fatos, tornando temerária a imposição de um édito condenatório pelo crime do artigo 1º, V, da Lei 9.613/98 tão somente a partir de provas coligidas unilateralmente na fase investigatória. (TRF4, ACR 0023208-89.2009.4.04.7100, 8ª Turma, Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.J. 21/08/2012).

CPP (ANTIGA REDAÇÃO). SÚMULA 284/STF. DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL FECHADO.

[...]

IV - Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, não é necessária a prova cabal do crime antecedente, mas a demonstração de “indícios suficientes da existência do crime antecedente”, conforme o teor do §1º do art. 2º da Lei 9.613/98. (Precedentes do STF e desta Corte)

[...]

Não conhecidos os recursos do MPF e de CAP.

Conhecido parcialmente e parcialmente provido o recurso de LRB.

(REsp 1133944/PR, Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 27/04/2010, DJe 17/05/2010)

Não há como deixar de constatar, em uma primeira plana, o emprego da mesma expressão *indícios suficientes* em contextos distintos (recebimento da denúncia e sentença condenatória), o que retrata certa inexatidão, tendo em vista que, dado o caráter progressivo dos *standards* de prova, é evidente que o umbral exigido para a imposição da sanção penal há de ser superior àquele definido para a admissão da denúncia.

De outro lado, também não há como deixar de constatar que a posição encampada é no sentido de que, em relação à infração penal antecedente, não se exige prévia condenação criminal, que está atrelada à existência de *prova para além de qualquer dúvida razoável*, mas apenas uma demonstração suficiente, ainda que mais graduada do que aquele referente à admissão da acusação.

A conjugação de tais premissas, então, induz à percepção de que, de fato, o *standard* probatório referente ao delito antecedente, na lavagem de capitais, é superior aos *indícios suficientes* necessários ao recebimento da denúncia, mas também é inferior do que a *prova para além de qualquer*

dúvida razoável, a despeito do emprego, nas duas situações, da expressão *indícios suficientes*.

A indicação do equívoco do emprego da expressão *indícios suficientes* em relação ao *standard* de prova da fase de sentença, especificamente em razão da exigência de uma graduação mais elevada, a propósito, é aferível até mesmo da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613, de 1998, que, em seu item 61, registra exatamente que “*a suficiência dos indícios relativos ao crime antecedente está a autorizar tão-somente a denúncia devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório*”²⁰.

Neste toar de ideais, é possível identificar então que o *standard* de prova para a prolação da sentença condenatória de lavagem de capitais, quanto ao delito antecedente, é o de uma *probabilidade elevada*, efetivamente qualificada, situada, em ordem de gradação, entre os parâmetros dos *indícios suficientes* e da *prova para além de qualquer dúvida razoável*.

Sobre o tema, Mercedes Herrera Guerrero detalha:

Según Galvez Villegas sólo se debe probar una conexión entre el lavado de activos y las actividades criminales, y será por tanto, suficiente que existan indicios razonables que vinculen los activos con la actividad criminal. Afirma, asimismo que estos indicios no necesitan ser de la misma magnitud de los que se necesitan para acreditar un delito, sin indicios de menor intensidad probatoria pero que sean idóneos para descartar la procedencia lícita de los activos materia de lavado y que vinculen los activos con las actividades criminales (GUERRERO, 2020, p. 8)²¹.

²⁰ Disponível: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Consultado em 20 de junho de 2020.

²¹ Tradução nossa: Segundo Galvez Villegas só é possível provar a conexão entre a lavagem de capitais e as atividades criminais, e será portanto, suficiente que existam indícios razoáveis que vinculem o patrimônio com a atividade criminal. Afirma, assim mesmo que estes indícios não necessitam ser da mesma magnitude dos necessários para acreditar um delito, sim indícios de menor intensidade probatória mas que seja indôneos para descartar a procedência lítica dos ativos objeto da lavagem e que vinculem os ativos com as atividades criminais.

Destarte, à míngua de uniformidade linguística, é possível concluir que, em relação à lavagem de capitais subsequente, o *standard* probatório do delito antecedente, enquanto nível de validação da hipótese processual de sua prática e da obtenção do produto branqueado, é o de uma *probabilidade elevada*, situada em padrão superior aos *indícios suficientes* necessários ao recebimento da denúncia e à decretação de medidas cautelares, mas, de outro lado, inferior ao patamar da *prova para além de qualquer dúvida razoável*, extraído do art. 386 do CPP e amplamente aplicável no direito estrangeiro.

Imperioso, todavia, ressaltar que a dita conclusão não encontra uniformidade na doutrina, colocando-se Gustavo Badaró em expressa oposição ao sustentado:

A resposta deve ser buscada na garantia da presunção de inocência em seu aspecto de regra de julgamento para o processo penal. Em relação a todos os elementos do delito, a condenação penal exige prova plena, capaz de afastar qualquer dúvida razoável de sua existência. Em outras palavras, vigora em sua plenitude o *in dubio pro reo* [...]. Em suma, nem a Lei n.º 9.613/1998, nem a Constituição, autorizam que, no caso do crime de lavagem de dinheiro, possa ser proferida sentença condenatória apenas com base em indício suficiente da existência do crime antecedente. (BADARÓ; BOTTINI, 2016, pp. 321-323).

Os fundamentos da objeção são, inequivocamente, irrepreensíveis, entretanto, ainda assim, parece serem suficientemente atendidas suas exigências quando se constata, como feito no presente, que o *standard* probatório em relação ao delito antecedente na lavagem de capitais, para a sentença condenatória, é o de uma *probabilidade elevada*, superior portanto ao umbral do *indício suficiente*, até mesmo porque atende à exigência do *in dubio pro reo*.

5 O PRODUTO ESPECÍFICO DA INFRAÇÃO ANTECEDENTE

A identificação do *standard* probatório aplicável ao delito antecedente para fins de condenação em relação à lavagem de capitais, no sentido de que se exige verificação altamente provável da hipótese

condenatória, ainda que retratada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela expressão *indícios suficientes*, traz ao debate um outro aspecto.

Tal aspecto se refere especificamente à situação em que, conquanto acreditada validamente, mediante *probabilidade elevada*, a hipótese da prática da infração penal antecedente, não suficientemente identificado um produto específico, certo e determinável, submetido à lavagem de capitais.

Em outros termos, o ponto é identificar se o reconhecimento de uma atividade criminosa estável e perene, própria das descrições típicas das organizações criminosas (*v.g.* art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006; e art. 2º da Lei n.º 12.850, de 2013), atende ao nível de acreditação da *probabilidade elevada* mesmo no caso em que não seja possível estabelecer um liame causalístico entre dado delito pontual e determinado resultado criminoso concreto.

No âmbito do direito internacional, precedente relevante foi estabelecido pela *Supreme Court of the United States*, no julgamento *US versus Efrain Santos and Benedicto Diaz*.²²

No julgamento, que tinha por objeto imputação de lavagem de proventos auferidos em razão da prática de uma espécie de loteria informal, desautorizada pelos órgãos locais de regulamentação do mercado, que, por tal motivo, acabava por configurar prática delitativa semelhante àquelas previstas no Brasil em relação à economia popular e às relações de consumo.

Na hipótese, se apreciou o *standard* probatório a partir da interpretação da expressão *proceeds*, prevista no *Money Laundering Act*, afirmando-se o seguinte:

The Convention defines the term “proceeds” to mean “any property derived from or obtained, directly or indirectly, through the commission of an offence.” The money

²² Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1005.pdf>. Acessado em 14 de junho de 2020.

laundering provision of the Convention thus covers gross receipts.

The term “proceeds” is given a similarly broad scope in the Model Money Laundering Act (Model Act). See President’s Commission on Model State Drug Laws, Economic Remedies, §C (1993). Section 5(a)(1) of the Model Act criminalizes transactions involving property that is “the proceeds of some form of unlawful activity,” and the Model Act defines “proceeds” as “property acquired or derived directly or indirectly from, produced through, realized through, or caused by an act or omission... includ[ing] any property of any kind,” (...).

Fourteen States have money laundering statutes that define the term “proceeds,” and in every one of these laws the term is defined in a way that encompasses gross receipts (...). This pattern of usage is revealing. It strongly suggests that when lawmakers, knowledgeable about the nature and problem of money laundering, use the term “proceeds” in a money laundering provision, they customarily mean for the term to reach all receipts and not just profits.²³

A partir de uma discussão acerca das noções de produto da infração e de receitas decorrentes da prática ilícita, que no caso era relativamente particular dada à natureza da infração precedente (manutenção de espécie de loteria informal), a *Supreme Court* promoveu interpretação ampla em relação ao produto do delito para fins de lavagem de capitais.

²³ Tradução nossa: A Convenção define o termo “receitas” significando “qualquer propriedade derivada ou obtida, direta ou indiretamente, através de prática de um ilícito”. A cláusula da lavagem de direito na Convenção considera portanto as receitas brutas. O termo “receitas” também tem uma previsão ampla na Legislação Modelo de Lavagem de Capitais. A Seção 5 (a) (1) da Lei Modelo criminaliza as transações envolvendo propriedade que seja “o produto de alguma forma de atividade ilegal”, e a Lei Modelo define “receita” como “propriedade adquirida ou derivada direta ou indiretamente de, produzida por meio de, realizado por meio de, ou causado por um ato ou omissão, incluindo qualquer propriedade de qualquer tipo [...]. Quatorze Estados têm estatutos de lavagem de dinheiro que definem o termo “produto”, e em cada uma dessas leis o termo é definido de uma forma que abrange as receitas brutas [...]. Esse padrão de uso é revelador. Isso sugere fortemente que quando os legisladores, conhecedores da natureza e do problema da lavagem de dinheiro, usam o termo “receita” em uma cláusula de lavagem de dinheiro, eles normalmente querem que o termo alcance todas as receitas e não apenas os lucros.

Da dita exegese é possível identificar, sem grande dificuldade, uma percepção de que, para identificação da *probabilidade elevada* referente ao produto ilícito da infração antecedente, a Corte concluiu pela desnecessidade de estabelecer um liame específico entre cada operação e um determinado resultado financeiro.

Conquanto tal questão não tenha sido objeto de questionamento direto das partes, pelo que debatida apenas sob aspecto secundário, é perceptível que a *Supreme Court* se vale de uma noção de atividade criminosa – devidamente validada no enfoque de uma *probabilidade elevada* – para, a partir de então, reconhecer a prática de lavagem de capitais, especificamente com lastro na percepção de um descompasso patrimonial dos envolvidos.

Pois bem.

A questão que se coloca, destarte, é identificar a extensão da aplicabilidade do dito posicionamento, reconhecendo o atendimento ao nível de acreditação da *probabilidade elevada* para a lavagem de capitais nas situações em que, configurada uma atividade criminosa, não se possa definir uma relação direta entre certo delito e um respectivo produto.

Quanto a um primeiro enfoque do tema, não há como deixar de ver que, seja pelos instrumentos convencionais cogentes, seja pela influência das prescrições de *soft law*, as prescrições típicas acerca da lavagem de capitais se apresentam estruturalmente muito semelhantes nos mais variados países.

Ainda neste pormenor, a propósito, é de se constatar uma gradativa ampliação mundial do tratamento da lavagem de capitais, com o nítido propósito de endurecimento das legislações nacionais, consoante se identifica, por exemplo, da Diretiva 2018-1673, da União Europeia, aprovada pelo Parlamento Europeu em 23 de outubro de 2018, com exigibilidade para os Estados Membros a partir de dezembro de 2022, cujo considerando n.º 12 prescreve o seguinte²⁴:

(12) Com vista a que as medidas de direito penal sejam eficazes no combate ao branqueamento de

²⁴ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1673&from=pt>. Consultada em 14 de maio de 2020.

capitais, deverá ser possível haver uma condenação sem que seja necessário determinar com precisão qual a atividade criminosa que gerou os bens, ou que haja uma condenação anterior ou simultânea por essa atividade criminosa, tendo simultaneamente em conta todas as circunstâncias e elementos de prova pertinentes.

A própria legislação brasileira, ainda que sem relação direta com a dita Diretiva, vem retratando há algum tempo a ampliação do tratamento punitivo quanto à lavagem de capitais, consoante se infere, por exemplo, da alteração do art. 91 do Código Penal, primeiro pela Lei n.º 12.964, de 2012, e depois pela Lei n.º 13.964, de 2019.

Pela modificação legislativa promovida pela Lei n.º 12.964, de 2012, a noção de produto do crime vinculada a proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, alínea *b*, do CP), que originalmente haveria de ser objeto de perdimento, teve seu regime jurídico substancialmente alterado, na hipótese de não localização do produto ou sua identificação no exterior, de modo a viabilizar a imposição de perdimento de bens ou valores equivalentes ao produto do crime (art. 91, §1º, do CP), em uma típica sub-rogação.

Não bastasse isto, a Lei n.º 13.964, de 2019, passou a emprestar o mesmo tratamento jurídico, impondo o perdimento como se produto de crime fosse, à diferença entre o valor do patrimônio do agente e aquele compatível com os seus rendimentos lícitos do agente, nos casos de condenações por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão (art. 91-A do CP).

A percepção, destarte, é de existência de uma modificação do regime legal, de maneira a ampliar a medida de perdimento patrimonial na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, a todo patrimônio destituído de comprovado lastro lícito, no denominado confisco alargado, em uma quase presunção de sua origem delitiva.

É possível, destarte, identificar uma extensão mundial de medidas típicas de confisco, em uma modalidade alargada, retratando a ampliação de uma política internacional de combate ao produto patrimonial de uma atividade ilícita, mesmo que não se possa estabelecer objetivamente uma relação direta entre o dito patrimônio e uma prática ilícita específica (*v.g.*

aquisição de determinado veículo com a receita auferida a partir da venda de certa carga de entorpecentes).

O ponto, então, é inferir se o dito cenário mundial, de substantivas e representativas alterações referentes ao tratamento jurídico do produto das infrações delitivas, é capaz de modificar as conclusões encampadas em relação ao *standard* de provas do delito antecedente na lavagem de capitais.

A matéria recoloca a questão do *standard* de provas na lavagem de capitais, tendo em vista que, nesta leitura, não apenas se revelaria acreditada com base em uma *probabilidade elevada*, referida pelo Superior Tribunal de Justiça como *indícios suficientes*, mas também quando a dita probabilidade não seja suficiente para estabelecer uma relação direta entre um delito específico e o produto lavado.

Sobre o tema, Mercedes Guerrero posiciona-se:

En la doctrina nacional se ha discutido también acerca de si es necesario probar la vinculación del delito fuente con todas sus circunstancias de espacio y tiempo; o si por el contrario, sería suficiente probar la vinculación de los activos con una actividad delictiva en general, no circunstanciada.

Esta no parece ser una cuestión sustantiva si no procesal, en la medida que se refiere al derecho de defensa, concretamente al principio de imputación necesaria que hace posible que un sujeto investigado por lavado de activos pueda plantear una defensa adecuada a partir de una tesis fiscal concreta. Sin una hipótesis clara acerca de un delito concreto, el respecto a la vigencia de los principios procesales antes mencionados devendría en ilusorio. El Decreto Legislativo 1106 que regula el delito de lavado de activos en nuestro país, si bien tiene una clara finalidad represiva, debe ser interpretado teniendo en cuenta garantías penales y procesales mínimas, una de ellas, de gran relevancia en todo proceso penal en un Estado de Derecho, es precisamente el principio de imputación necesaria (GUERRERO, 2020, p. 6).²⁵

²⁵ Tradução nossa: A doutrina nacional também discutiu se é necessário provar a ligação do crime fonte com todas as suas circunstâncias de espaço e tempo; ou se, ao contrário, bastasse comprovar a vinculação do patrimônio à atividade criminosa em geral, não circunstancial.

Essa questão não parece substantiva, senão processual, na medida em que se refere ao direito de

Apreciando diretamente a questão, a *Corte Suprema de Justicia del Perú* vem sublinhando a necessidade – para fins de atingimento do *standard* probatório para a condenação em relação ao delito de lavagem de capitais – de identificação de uma operação concreta, específica, de aquisição de dado patrimônio de modo ilícito, o qual, por sua vez, é posteriormente submetido a procedimento de branqueamento, como se pode identificar no julgamento do recurso n.º 3036-2016²⁶.

O Tribunal Supremo da Espanha, todavia, já se manifestou especificamente sobre o tema em sentido diametralmente oposto, por exemplo na Resolução n.º 331/2017, que tem por objeto a lavagem de capitais decorrente do tráfico de entorpecentes²⁷.

O julgamento registra que um dos réus da imputação da lavagem fora condenado pela introdução de quase 3 toneladas de cocaína na Europa, pela Praia de Arnela de Lourido, em Muxia, na região de Corunha, na Espanha.

A prática de tráfico em comento, que fora objeto de flagrante em 2009, foi identificada em procedimento investigativo mais amplo, que tinha por objeto o envolvimento do agente com o tráfico de drogas desde o ano de 2007.

Em outras palavras, apesar de a investigação haver identificado uma atividade criminosa organizada e estável, dedicada ao tráfico de

defesa, especificamente ao princípio da imputação necessária que permite a um sujeito investigado por lavagem de dinheiro apresentar defesa adequada com base em tese tributária. concreto. Sem uma hipótese clara sobre um crime específico, o respeito pela validade dos princípios processuais acima mencionados tornar-se-ia ilusório. O Decreto Legislativo 1106 que regulamenta o crime de lavagem de dinheiro em nosso país, embora tenha uma finalidade clara e repressiva, deve ser interpretado levando-se em consideração as garantias penais e processuais mínimas, uma delas, de grande relevância em todos os processos penais de um Estado do Direito, é justamente o princípio da imputação necessária.

²⁶ Disponível: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/332f9600429a550e92fbfec86e9ce4f5/RN+3036-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=332f9600429a550e92fbfec86e9ce4f5>. Consultado em 24 de maio de 2020.

²⁷ Disponível: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/41ae329bb5b28a56/20170601>. Consultado em 18 de abril de 2020.

drogas desde 2007, só foi reconhecida uma operação concreta de alienação de entorpecentes, ocorrida em 2009, em relação à qual o envolvido foi processado e condenado.

Em seguida, especificamente em relação à lavagem de capitais, o julgado identificou que, entre 2004 e 2011 e, portanto, antes mesmo do fato objeto da específica condenação anterior por tráfico, os réus da imputação de lavagem, sendo um deles justamente o réu condenado pelo tráfico, haviam adquirido imóveis, empresas, veículos e embarcação ao custo aproximado de € 225 mil.

O julgamento registrou, ademais, que os rendimentos lícitos comprovados dos envolvidos em todo o período não superavam € 11 mil, o que sinaliza um descompasso patrimonial não justificado, agravado pela constatação de que os agentes empregaram interposta pessoa para compor a formação societária de empresa sediada no Uruguai²⁸.

A Corte promoveu extenso e cuidadoso encontro de contas relativamente aos acusados, listando as despesas comprovadamente havidas pelos envolvidos na aquisição de patrimônio, confrontando-a com a absoluta falta de demonstração de suas receitas.

Na espécie, o debate é travado sob o enfoque da presunção de inocência, na medida em que a defesa sustenta inexistirem provas suficientes para a condenação dos envolvidos pela prática da lavagem de capitais, ou seja, não haver sido alcançado o *standard* probatório referente ao delito antecedente.

Da fundamentação do julgado, consta o seguinte:

La doctrina de esta Sala viene estableciendo que para la condena por un delito de “blanqueo” de capitales de procedencia ilegal – partiendo de la premisa de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo – la prueba indiciaria aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de

²⁸ A referência ao patrimônio lícito do envolvido remete, não há como deixar de constatar, à questão da mescla de capitais, que inequivocamente influi na demonstração da prática da lavagem de capitais mas, noutro plano, a falta de capital de origem válida, incide como elemento importante na formação de inferência probatória quanto à lavagem de capitais.

las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007), designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones los que se exponen a continuación (SSTS 801/2010, de 23-9 ; 345/2014, de 24-4 ; 220/2015, de 9-4 ; y 247/2015, de 28-4 , entre otras):

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.*
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.*
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.*
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.*
- e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.*
- f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.*
- g) La existencia de sociedades “pantalla” o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.*

Estas pautas genéricas relativas a la verificación indiciaria del sustrato fáctico del tipo penal de blanqueo de capitales se suele complementar, cuando se trata de bienes procedentes de un delito de tráfico de drogas, con los datos indiciarios que vinculan al acusado con el tráfico de sustancias estupefacientes; la cuantía de las sumas de dinero y bienes emergidos sin la existencia de aparentes ingresos lícitos que justifiquen el afloramiento de un importante acervo patrimonial; y también la utilización como testaferros de personas con las que se tiene una especial vinculación y confianza personal, especialmente cuando se trata de sujetos integrantes del ámbito familiar.²⁹

²⁹ Tradução nossa: A doutrina desta Câmara vem estabelecendo que para a condenação do crime de “lavagem” de capital de origem ilegal - com base na premissa de que não é necessária a condenação prévia do crime básico de que provém o capital objeto de lavagem - a prova A investigação aparece como o mais adequado e, na maioria dos casos, o único meio possível para que sua

A dita conclusão foi ratificada pelo Tribunal Supremo da Espanha, ainda, nos seguintes precedentes: Resolução n.º 238/2016³⁰ e Resolução n.º 677/2019³¹.

comissão seja credenciada (SSTS de 4 de julho de 2006 e 1 de fevereiro de 2007), sendo designada como as indicações mais comuns nesta classe das infrações que estão expostas abaixo (SSTS 801/2010, de 23-9; 345/2014, de 24-4; 220/2015, de 9-4; e 247/2015, de 28-4, entre outros): a) A importância da quantidade de dinheiro lavado. b) A ligação dos autores com atividades ilegais ou grupos ou pessoas a eles relacionadas. c) O aumento atípico ou desproporcional do patrimônio do sujeito. d) A natureza e características das operações económicas realizadas, por exemplo, com a utilização de numerário abundante. e) A ausência de justificação legal dos rendimentos que possibilite a realização dessas operações. f) A fragilidade das explicações sobre a origem jurídica desses capitais. g) A existência de empresas “fictícias” ou redes financeiras que não dependem de atividades económicas credíveis e legais. Estas orientações genéricas relativas à verificação circunstancial da base factual do tipo criminoso de lavagem de dinheiro costumam ser complementadas, quando se trata de bens oriundos de um delito de tráfico de drogas, com os dados circunstanciais que vinculam o acusado ao tráfico de entorpecentes; o montante das somas de dinheiro e bens emergiu sem a existência de aparentes rendimentos legais que justifiquem o surgimento de um importante patrimônio patrimonial; e também a utilização como vanguarda de pessoas com quem existe um vínculo especial e uma confiança pessoal, principalmente quando se trata de assuntos pertencentes ao meio familiar.

³⁰ Disponível <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f7bad1a8a9b73728/20160418>. Consultado em 2 de junho de 2020.

³¹ O julgado concluiu: “*Y debe recordarse asimismo que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria - SSTC números 174/85 y 175/85 de 17 de diciembre, así como las de fecha 1 y 21 de diciembre de 1988-, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable - SSTS de 22 de noviembre de 1990, 21 de mayo de 1992, 18 de junio de 1993, 5 de marzo de 1998 y 26 de octubre de 1999-, entre otras*”. Tradução nossa: E deve-se lembrar também que segundo a reiterada e constante doutrina jurisprudencial tanto do Tribunal Constitucional quanto do Supremo Tribunal Federal, o direito à presunção de inocência não impede que a condenação judicial em processo penal seja constituída com base em provas circunstanciais - SSTC números 174/85 e 175/85 de 17 de dezembro, bem como os de 1º e 21 de dezembro de 1988-, desde que existam indicações plenamente credenciadas, relacionadas entre si e não distorcidas por outras evidências ou contra-indicações e as julgamentos de inferência, de forma razoável - SSTS de 22 de novembro de 1990, 21 de maio de 1992, 18 de junho de 1993, 5 de março de 1998 e 26 de outubro de 1999-, entre outros. Disponível <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2a8cd97dc38f1acf/20200205>. Consultado em 3 de junho de 2020.

Também nas Cortes Estaduais dos Estados Unidos da América têm vigido tal posicionamento quanto ao *standard* probatório no crime antecedente da lavagem de capitais, colhendo-se, dentre outros, os seguintes *cases* *US v. Douglas Jackson (7th Circuit, de Illinois)*³² e *US v. Shafer (8th Circuit, de Arkansas)*³³.

Há, como se vê, uma divergência expressiva entre a posição dos julgados espanhóis e norte-americanos aqui citados e a sustentação doutrinária de Mercedes Guerrero.

A jurisprudência indicada, a propósito, é acompanhada por Blanco Cordero:

La determinación de la procedencia criminal de los bienes no precisa de otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, no siendo necesario, por tanto, ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo (BLANCO CORDERO, 2015, p. 429).³⁴

Não é demasiado reafirmar que, apesar da relevante divergência, não existem distinções tão representativas nos ordenamentos jurídicos nacionais que possam, por si só, fundamentar conclusões tão díspares acerca de aspecto tão relevante da imputação de branqueamento.

Ao que tudo indica, uma manifestação sobre o tema pressupõe relembrar o objeto da tutela penal na lavagem de capitais, o qual, a par de divergências, é majoritariamente atrelado ao resguardo da administração

³² Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/15-3693/15-3693-2019-07-30.html>. Consultado em 13 de maio de 2020.

³³ Disponível em <https://www.courtlistener.com/opinion/149294/united-states-v-shafer/>. Consultado em 6 de junho de 2020.

³⁴ Tradução nossa: A determinação da origem criminosa dos bens não exige outros requisitos que não a presença antecedente de atividade criminosa de forma genérica, o que permite, nas circunstâncias do caso concreto, a exclusão de outras origens possíveis, não sendo necessária, portanto, nem a demonstração completa de um ato criminoso específico que gere o patrimônio ou dos participantes específicos nele.

da Justiça, na medida em que estabelece definição típica com o escopo de impor sanção penal a agente que emprega expedientes tendentes à reinserção no mercado, com aparência de licitude, de bens e valores produtos de crime.

Estabelecida a referida premissa, é importante rememorar que, a despeito do aspecto semântico da expressão *produto* – atrelada às noções de resultado, proveito ou lucro –, as legislações de um modo geral, dentre elas a nacional, até mesmo por influência de medidas de *soft law* de repressão à lavagem de capitais, vêm, gradativamente, ampliando os bens sujeitos ao regime jurídico do produto de crime.

Com efeito, é evidente a adoção de conjunto de medidas, em diversos ordenamentos, para ampliar a incidência do regime jurídico do produto do delito não apenas a seus frutos efetivos, dele diretamente decorrentes, de forma a alcançar também parcelas patrimoniais não relacionadas imediatamente com o delito, mediante sub-rogação ou por falta de indicação de lastro lícito de sua obtenção.

Não há como deixar de perceber, então, uma redefinição político-valorativa da noção de produto de crime, retratada nas alterações legislativas promulgadas nos vários Estados nacionais e ainda em instrumentos internacionais, que acaba influenciando no *standard* probatório da infração antecedente na lavagem de capitais.

Sob este enfoque, destarte, o *standard* de provas em relação à infração penal antecedente é o da *probabilidade elevada*, superior portanto aos *indícios suficientes* inerentes ao recebimento da denúncia, mas inferior ao *para além de qualquer dúvida razoável* próprio das sentenças condenatórias, incidindo não apenas em relação ao ilícito propriamente dito, mas também quanto ao estabelecimento de uma relação entre a conduta típica e o resultado auferido.

Em outros termos, a validação processual da hipótese condenatória, para fins de lavagem de capitais, não depende da demonstração de uma relação direta e imediata entre determinada

conduta criminosa específica e um dado resultado concreto, satisfazendo-se quando identificada, dentre as hipóteses submetidas a julgamento, uma *probabilidade elevada* de sua ocorrência, por exemplo, em situações em que não identificado lastro lícito de constituição patrimonial.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo tem por objeto central a definição do *standard* de provas aplicável ao delito antecedente na lavagem de capitais, tendo se desenvolvido a partir de uma abordagem ampla acerca da descrição típica do branqueamento, inclusive sob enfoque de seus aspectos internacionais, assim como do processo epistêmico de reconstrução da verdade quanto às hipóteses processuais.

Neste contexto, foi identificado o papel do *standard* probatório, enquanto critério de acreditação das hipóteses processuais, na formação de um viés democrático do processo, viabilizando um controle intersubjetivo da decisão.

Também foi viável situar o papel das regulações internacionais, inclusive de *soft law*, na definição do objeto da tutela penal em relação aos delitos de lavagem de capitais.

Estes elementos viabilizaram concluir que o *standard* de provas em relação ao delito antecedente na lavagem de capitais, para fins de admissibilidade da peça acusatória, corresponde a *indícios suficientes*, ao passo que, para julgamento de mérito, corresponde à *probabilidade elevada*, vale dizer, índice superior aos *indícios suficientes*, mas inferior ao parâmetro do *para além de qualquer dúvida razoável*, referindo-se não apenas à acreditação da hipótese condenatória quanto ao próprio delito em si, mas também no tocante a uma relação entre a conduta típica e o resultado auferido, independentemente da demonstração de uma relação direta e imediata entre uma conduta específica e um dado resultado concreto.

Tal assertiva decorre da percepção de que a noção de produto do ilícito vem sofrendo gradual alteração, de modo a alcançar parcelas patrimoniais que não guardam relação de imediação direta com o ilícito.

REFERÊNCIAS

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. XXXVII, 2º Semestre de 2011, p. 483-511.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal*. In: MALAN, Diogo et al (org.). **Processo Penal Humanista: estudos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 71-102.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “prova penal”: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr., 2018, p. 43-80.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 4.ed., Pamplona-Navarra: Aranzadi, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea*. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 776-808.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vl. 28, 2005, p. 127-139.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes. **Revista Ita Ius Esto**. Universidad de Piura. Disponível em: <http://www.itauiusesto.com/el-delito-de-lavado-de-activos-y-laprueba-de-la-procedencia-delictiva-de-los-bienes/>. Acesso em 27/05/2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Do processo e julgamento dos crimes de lavagem de capitais*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro – prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 583-644.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz na construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Milão: Trotta, 2017.

Thiago Colnago Cabral

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - USP

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo - USP

Juiz de Direito da 3ª Vara de Tóxicos, Organizações Criminosas e Lavagem de Capitais de Belo Horizonte/MG

Projeto gráfico
Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração
Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Capa
Arte: Coordenadoria Multimeios - STJ
Fotógrafo - STJ

Impressão e Encardenação
Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Apoio
Biblioteca Ministro Oscar Saraiva



STJ

Gabinete do Ministro
Diretor da Revista

A Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça - REJuriSTJ – é um periódico concebido pela Instrução Normativa STJ/GP Nº 16, de 30 de agosto de 2019, e administrada pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Tem como escopo o fomento da produção acadêmica e doutrinária nacional com vista a promover o desenvolvimento do pensamento jurídico do país e o intercâmbio de conhecimento entre o Superior Tribunal de Justiça, o meio acadêmico e as demais instituições de natureza pública ou privada, nacionais ou estrangeiras.

A REJuriSTJ é voltada à publicação de artigos científicos, resultantes de pesquisas e estudos independentes, relacionados a todas as áreas do direito, aptas a fornecer subsídios para reflexões sobre a legislação nacional.

O periódico, que está em sua segunda edição, tem como público-alvo os operadores do direito das diversas carreiras jurídicas - como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos.

ISSN 2675 4851



9 785267 585194